LES LOIS

DE

LA PROCÉDURE

CIVILE.

LES LOIS

DE

LA PROCÉDURE

CIVILE,

PAR G.-J.-L. CARRÉ,

ANCIEN DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE RENNES, ET MEMBRE DE LA LÉGION D'HONNEUR ;

OUVRAGE DANS LEQUEL L'AUTEUR A REFONDU SON ANALYSE RAISONNÉE, SON TRAITÉ ET SES QUESTIONS SUR LA PROCÉDURE.

NOUVELLE ÉDITION,

DANS LAQUELLE ONT ÉTÉ EXAMINÉES ET DISCUTÉES : 1° LES OPINIONS DE CARRÉ ; 2° LES DÉCISIONS RENDUES JUSQU'A 1840 ; 3° LES QUESTIONS PRÉVUES PAR MM. THOMINE-DESMAZURES, PIGEAU, DALLOZ, BOITARD, BONCENNE, ETC. ;

Par Chauveau Adolphe,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE, ET MEMBRE DE LA LÉGION D'HONNEUR ;

AUGMENTÉE

DE LA LÉGISLATION ET DE LA JURISPRUDENCE DES PAYS-BAS ET DE LA BELGIQUE, JUSQU'A CE JOUR, AVEC RENVOIS AUX ÉDITIONS BELGES.

TOME TROISIÈME.

Bruxelles,

SOCIÉTÉ TYPOGRAPHIQUE BELGE,

ADOLPHE WAHLEN ET Cie.

PARTIE DE JURISPRUDENCE.—H. TARLIER, GÉRANT.

1841

LES LOIS

DE

LA PROCÉDURE CIVILE.

SUITE DE LA PREMIÈRE PARTIE.

PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX.

SUITE DU LIVRE II.

DES TRIBUNAUX INFÉRIEURS.

SUITE DU TITRE XII.

DES ENQUÊTES.

Art. 280. La prorogation sera demandée sur le procès-verbal du juge-commissaire, et ordonnée sur le référé qu'il en fera à l'audience, au jour indiqué par son procès-verbal, sans sommation ni avenir, si les parties ou leurs avoués ont été présents : il ne sera accordé qu'une seule prorogation, à peine de nullité.

[Tar. rais., nº 212.] — Ord., art. 2. — C. de pr., art. 275, 1035. — Locré, t. 9, p. 230. — (*Voy.* Formules 244, 245, 246 et 247.)

CCXXXIV. Le jour d'audience fixé par l'ordonnance du juge-commissaire étant arrivé, le tribunal, après avoir entendu ce magistrat dans son rapport, et les parties dans leurs moyens, accorde ou refuse la prorogation demandée (1); mais on voit que la prorogation accordée ne peut jamais être suivie d'une seconde, et par conséquent c'est à la partie qui se trouve dans le cas de former une demande en prorogation, à prévoir et à faire peser au tribunal toutes les difficultés qui peuvent la retarder, afin d'obtenir un délai suffisant.

1094. *La prorogation du délai doit-elle être demandée sur le procès-verbal du juge-commissaire,* À PEINE DE NULLITÉ?

On ne peut disconvenir que le contexte de l'art. 280 fournit des raisons de douter, sur le point de savoir si les mots *à peine de nullité,* qui le terminent, se réfèrent à toutes les dispositions contenues en cet article, ou seulement à la défense d'accorder plus d'une prorogation pour parachever l'enquête.

Mais ce qui porte à décider que ces mots ne doivent s'étendre qu'à la défense dont nous venons de parler, c'est cette circonstance remarquable, que l'article renferme différentes dispositions, et que néanmoins on ne lit pas, à la fin, cette clause, LE TOUT *à peine de nul-*

(1) [Sans qu'on puisse faire juger en même temps d'autres incidents élevés sur l'enquête. (Bourges, 30 mai 1831; Sirey, t. 32, p. 133.)]

lité, qu'on trouve employée dans un grand nombre d'articles du Code, toutes les fois que le législateur a voulu exprimer l'intention d'appliquer la nullité à la contravention faite à chacune des dispositions contenues dans un même article.

On remarquera d'ailleurs que la disposition prohibitive de l'art. 280, à la fin de laquelle se trouvent ces mots, *à peine de nullité*, est séparée des dispositions qui la précèdent par deux points; d'où suit que, d'après le sens naturel des termes, la peine ne peut être applicable qu'à la demande d'une seconde prorogation, et non à l'omission d'avoir demandé, sur le procès-verbal, celle que la loi autorise.

Turin, 12 janv. 1811 (Sirey, t. 14, p. 254; Dalloz, t. 12, p. 565), déjà cité sur les 1092e et 1093e *Quest.*

[Cette opinion de Carré, qui nous semble fort exacte, est approuvée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 532; Berriat, titre *des Enquêtes*, note 33; Favard, t. 2, p. 353, n° 11, et Thomine, n° 329. Dalloz, t. 12, p. 565, la combat, au contraire, mais sans donner de raison concluante, à notre avis, et surtout sans réfuter les motifs de Carré.

Il n'y a donc pas nécessité de demander la prorogation sur le procès-verbal du juge-commissaire, qui peut d'ailleurs se trouver clos avant l'expiration du délai. On peut alors employer la voie d'une requête au président, ou simplement d'une requête d'avoué à avoué.

Au reste, si l'on forme la demande sur le procès-verbal, il n'est pas nécessaire d'y consigner les motifs sur lesquels elle se fonde; il suffit de les présenter plus tard à l'audience. C'est ce que fait observer Carré dans la note que nous avons rapportée *Quest.* 1092 ; ce qui est confirmé par un arrêt *in terminis* de la cour de Bruxelles, 18 déc. 1823. (J. de B., 1824, t. 1, p. 319.)]

[1094 bis. *Le juge-commissaire peut-il, dans certains cas, accorder lui-même la prorogation?*

Thomine, n° 330, contrairement à son opinion exprimée au même tome, p. 461, accorde au juge-commissaire le pouvoir de proroger l'enquête, dans le cas où il ne s'agit que de faire réassigner les témoins défaillants, et que le jour de la réassignation ne peut forcément tomber qu'en dehors du délai de huitaine; c'était aussi l'opinion de Carré, à la note de la *Quest.* 1044. Nous l'avons combattue, *eod. loc.*, par l'autorité de Thomine. Nous persistons dans notre avis; il nous semble que c'est donner un pouvoir exorbitant au commissaire que de l'autoriser à prolonger, sans la participation du tribunal, un délai que la loi a voulu être rigoureux.

Nous sommes pleinement confirmé dans cette doctrine par un arrêt de cass., du 5 déc. 1815 (Sirey, t. 16, p. 165; Dalloz, t. 12, p. 562), qui a décidé que, lorsque l'audition du premier témoin est nulle, le juge-commissaire peut délivrer ordonnance à l'effet d'en assigner de nouveaux, *pourvu que le jour de la nouvelle audition se trouve dans la huitaine de la première;* et surtout par un autre arrêt de la même cour, sect. civ., 17 déc. 1823. (Sirey, t. 24, p. 241; Dalloz, t. 12, p. 542.) Celui-ci a jugé *in terminis* que la prorogation du délai d'une enquête ne peut être accordée par le juge-commissaire, lors même qu'il ne s'agirait que de réassigner les témoins défaillants : elle doit toujours l'être par le tribunal.

La cour de Poitiers, par un arrêt du 22 janv. 1834, accorde bien à la partie le droit de demander la *continuation* (non la prorogation) de l'enquête pour faire entendre de nouveaux témoins, et au juge-commissaire le pouvoir de l'ordonner lui-même ou à son gré d'en référer au tribunal; mais, dans le premier cas, à condition que ce sera dans la huitaine de l'audition des premiers. Ajoutons à toutes ces autorités un arrêt de la cour de Brux. du 7 juill. 1819 (J. de B., 1819, 2e, p. 185.—*V.* au surplus ce que nous avons dit d'analogue sous la *Question* 1011.)]

1095. *Le jour que le juge indique pour référer à l'audience doit-il se trouver compris dans le délai fixé par l'art.* 278 *pour parachever l'enquête?*

Non, disait Pigeau, t. 1, p. 279 : il suffit que la partie *demande* la prorogation avant l'expiration du délai fixé par l'art. 278.

Et en effet, tous les jours de ce délai, même le dernier, étant utiles pour former une semblable demande, il impliquerait que le juge dût indiquer, pour le référé qu'il doit faire à l'audience, un jour qui fût nécessairement dans ce même délai.

[C'est en vertu de ce principe incontestable que la cour de Colmar a jugé, le 4 mars 1831, que la partie qui a demandé la prorogation d'une enquête sur le procès-verbal du juge-commissaire est recevable à la demander de nouveau, quoiqu'un arrêt par défaut qui la lui aurait accordée ait été annulé pour vice de forme, et quel que soit le temps écoulé depuis la demande consignée au procès-verbal.

Cet arrêt a fait une juste application de l'article 279, C. pr. Dès qu'une partie a demandé la prorogation d'une enquête sur le procès-verbal du juge-commissaire, et avant l'expiration du délai fixé pour terminer l'opération, on ne peut exiger d'elle qu'elle fasse juger sa demande dans un délai déterminé : le Code de procédure ne fixe aucun délai dans lequel elle doive la porter à l'audience. Dès lors ses droits sont conservés, quel que soit le temps qui s'écoule jusqu'au jugement, parce qu'il n'est pas au pouvoir des parties d'exiger ce jugement

dans un délai fixe et péremptoire. Le texte de l'art. 280 prouve d'ailleurs que la partie demanderesse en prorogation n'est pas tenue de citer son adversaire à l'audience dans un délai quelconque; car il porte formellement que la prorogation y sera jugée, sans sommation ni avenir au jour indiqué par le juge-commissaire.]

1096. ***Comment s'exécutera l'art. 280, lorsque l'enquête sera faite par un juge étranger au tribunal qui aura rendu le jugement d'appointement en preuve?***

La cour de Grenoble faisait observer, sur l'art. 283 du projet, qu'il supposait que l'enquête serait toujours faite devant un juge du tribunal; mais, ajoutait-elle, si, d'après les motifs donnés dans nos observations sur l'art. 257, il importe de laisser aux tribunaux la faculté de commettre des juges de paix pour procéder aux enquêtes, l'art. 283 devra être supprimé dans la partie qui ordonne un référé. (*V.* le *Recueil des observ. des Cours*, t. 2.)

On remarquera que ces art. 257 et 283 du projet forment, sans aucun changement, les art. 255 et 280 du Code; et, comme il est impossible d'exécuter l'art. 280, en ce qui concerne le *référé*, les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 203, disent qu'il en résulte que l'on n'a pas cru devoir accorder aux juges de paix le droit de dresser les enquêtes, et que les juges des tribunaux civils sont seuls compétents en cette matière.

Cette conséquence prouve qu'il peut échapper des erreurs aux personnes les plus instruites; car l'art. 1035 autorise formellement le tribunal à commettre les juges de paix pour procéder aux enquêtes. (*V.* la 985e *Quest.*)

En cette circonstance, où un juge de paix aurait été commis, il est évident sans doute qu'il n'y aura point lieu à ce qu'il fasse le référé devant le tribunal, puisque ce commissaire n'est pas pris dans son sein; il se bornera donc à renvoyer les parties se pourvoir à un jour qu'il indiquera, et sur cela il y a d'autant moins de difficulté, que nous avons dit, sur la précédente question, qu'il n'est pas nécessaire que le jour indiqué pour soumettre au tribunal la demande de prorogation se trouve dans le délai fixé pour parachever l'enquête.

Mais on demandera si l'on doit agir ainsi, dans le cas où le juge-commissaire serait membre d'un tribunal de première instance autre que celui qui a rendu le jugement d'appointement?

La solution de cette question dépend de celle de savoir si c'est exclusivement au tribunal qui a ordonné l'enquête qu'il appartient de prononcer sur la demande en prorogation. En effet, si le tribunal dont le juge-commissaire ferait partie pouvait prononcer sur cette demande, il n'y aurait aucune difficulté pour appliquer dans toute son étendue la disposition de l'art. 280.

Mais nous croyons qu'il n'y a que le tribunal qui a ordonné l'enquête qui puisse en accorder la prorogation... Une demande à cette fin forme dans l'instance un incident dont le jugement ne peut appartenir qu'aux juges saisis du principal; s'il en était autrement, on étendrait la juridiction d'un tribunal étranger à l'affaire et aux parties; or, on sait que la compétence des tribunaux ne peut être prorogée que dans les cas déterminés par la loi. D'ailleurs, la partie qui réclame une augmentation de délai peut motiver sa demande sur des circonstances dont il n'y a que les juges saisis du principal qui puissent apprécier le mérite, pour user de la faculté que leur donne la loi d'accorder ou de refuser cette augmentation.

Nous disons, en conséquence, qu'il n'y a point lieu à référé toutes les fois que le juge-commissaire n'a pas été pris dans le sein du tribunal qui a ordonné l'enquête, et qu'en ce cas, ce juge n'a, comme nous l'avons déjà dit, qu'à renvoyer les parties à ce tribunal, en indiquant le jour de leur comparution; et ce sera sur le vu du procès-verbal où il aura fait cette indication que le tribunal prononcera.

[La cour de Bourges a jugé, conformément à cette doctrine, le 4 mai 1808, que l'art. 280 ne peut recevoir son application que lorsque l'enquête est faite devant un commissaire du tribunal saisi de la contestation principale, et que, lorsqu'elle a lieu devant un juge étranger, la demande en prorogation ne peut être portée à l'audience que sur incident. La cour de Liége a également décidé, le 26 juin 1826 (J. de B., 1827, 2e, p. 419), que le tribunal délégué à l'effet de désigner un de ses membres pour recevoir une enquête n'est pas compétent pour statuer sur la demande en prorogation.

C'est encore l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 532; Favard, t. 2, p. 353, n° 11, et Boitard, snr l'art. 280, et nous y adhérons bien volontiers. (*V.* notre *Quest.* 1032 *bis*.)]

1097. ***Le tribunal peut-il proroger le délai au delà de huitaine?***

Oui, puisque la loi ne fixe aucun délai à cet égard. Il est même assez ordinaire de fixer le délai de la prorogation au delà du terme du premier délai, attendu que l'article défendant d'accorder une seconde prorogation, les circonstances pourraient être telles que le second délai fût insuffisant, s'il n'était que de huitaine.

C'est par cette considération que Demiau, p. 212, conseille au demandeur en délai d'exposer la situation et les circonstances où il se trouve, et de préciser surtout le délai dont il croit avoir besoin, afin de mettre le tribunal à portée de lui accorder tout le temps nécessaire.

[Cette solution ne peut souffrir de difficulté; elle est aussi adoptée par Dalloz, t. 12, p. 566, n° 13.]

1098. ***Est-il des cas d'exception à la prohibition d'accorder une seconde prorogation?***

La cour de Caen, dans ses observations sur l'art. 283 du projet (*V.* le *Rec. des observ. des Cours,* t. 1), disait qu'il fallait excepter les cas où les témoins n'auraient pas comparu, et où il aurait fallu, soit se transporter chez eux, soit commettre des juges pour les entendre. « Ces circonstances, qui ne sont pas du fait des parties, disait cette cour, ces circonstances, qu'elles ne peuvent ni prévoir ni empêcher, doivent faire exception à la prohibition de proroger le délai : cette prorogation doit être, dans ces cas, laissée à la prudence du juge. »

Nous remarquerons que le législateur n'a point eu égard à cette observation, et que, l'art. 1029 portant qu'aucune des *nullités* prononcées par le Code n'est *comminatoire,* on ne doit point admettre d'exception à la prohibition dont il s'agit (1).

[Aussi la cour de Bourges a-t-elle décidé, le 30 nov. 1831, qu'on ne peut faire entendre des témoins après l'expiration du délai prorogé, quels que soient les motifs qu'on allègue pour établir l'impossibilité où l'on s'est trouvé de les faire entendre en temps utile.

Mais celle de Besançon a cru pouvoir, par son arrêt du 25 janv. 1822, appliquer l'exception que la cour de Colmar réclamait. Elle a accordé une seconde prorogation à une partie qui sollicitait l'autorisation de réassigner des témoins défaillants. Si l'on décidait le contraire, il en résulterait que la partie serait privée de la déposition d'un témoin qui, régulièrement assigné, tomberait ensuite malade, et ne pourrait déposer qu'après le délai fixé pour l'enquête, ce qui serait contraire à l'esprit de la loi.

Thomine, n° 331, veut introduire encore une autre exception, pour le cas où le premier délai aurait été accordé, non sur une demande formée pendant le cours de l'enquête, en vertu des art. 279 et 280, mais par le jugement de preuve, en vertu de l'art. 278. Alors, dit-il, ce jugement ne contient pas, à proprement parler, une prorogation; c'est un délai fixé par le juge à la place de celui que fixe la loi.

Les articles de notre titre sont déjà hérissés d'assez de dispositions rigoureuses pour que nous ne voyions aucun inconvénient à admettre ces deux exceptions.]

[**1098 bis.** ***Est-il d'autres cas que celui de l'art. 280 où le juge-commissaire puisse en référer au tribunal, par exemple lorsqu'une partie propose une nullité ou une déchéance?***

La cour de cassation a jugé, le 9 mars 1836, que le juge-commissaire à une enquête ne peut interrompre ses opérations pour renvoyer les parties à l'audience que dans le cas de l'article 280 du Code de procédure civile : spécialement lorsqu'une partie oppose à l'autre la déchéance du droit de faire enquête, le juge ne peut renvoyer la partie à l'audience et interrompre l'audition des témoins. Il doit poursuivre son opération et se borner à réserver les droits des parties sur la déchéance invoquée.

Cette question était entièrement neuve, et sa solution mérite d'autant plus de fixer l'attention qu'elle a été adoptée par la cour sans qu'il y eût nécessité pour elle de prononcer sur la difficulté. Ainsi, c'est très-sciemment, c'est en parfaite connaissance de cause, qu'il a été décidé, *en principe,* que le juge-commissaire ne pouvait suspendre l'enquête et en référer au tribunal que dans le cas prévu par l'article 280 du Code de procédure civile, c'est-à-dire lorsqu'il y a lieu à prorogation. Vainement a-t-on opposé, dans l'intérêt des défendeurs en cassation, que nulle part la loi n'interdit au juge-commissaire d'en référer au tribunal. La cour de cassation a rétorqué l'argument, et déclaré que le droit ne pouvait être accordé au magistrat chargé de l'enquête, par cela seul que la loi ne le lui avait concédé que dans un seul cas; d'ailleurs, il y aurait, il faut le reconnaître, de grands inconvénients à admettre la thèse contraire.

Au reste, c'est par une raison analogue au principe consacré par cet arrêt que les cours de Rennes et de Bourges ont décidé, la première, le 18 avril 1810 (Dalloz, t. 27, p. 88; Sirey, t. 32, p. 133), la seconde, le 30 mai 1831, que les juges ne sont pas obligés de statuer préalablement sur les nullités proposées contre une enquête, et que celles qui ont été proposées sur le procès-verbal ne peuvent être soumises au tribunal que lorsque, le délai pour faire enquête étant expiré, la partie la plus diligente signifie, aux termes de l'art. 286, les procès-verbaux, et poursuit l'audience.]

Art. 281. La partie qui aura fait enten-

(1) Mais il peut être accordé une prorogation de délai pour *parachever* l'enquête, encore bien qu'il ait été accordé par le jugement qui a ordonné l'enquête, une première prorogation *pour la commencer.* La disposition de l'art. 280, qui défend d'accorder plus d'une prorogation de délai, doit être restreinte au cas de deux demandes en prorogation d'un seul et même délai. (Paris, 31 janv. 1811; Sirey, t. 14, p. 215; Dalloz, t. 12, p. 564.)

[*V.* les *Quest.* 1090 et 1091.]

dre plus de cinq témoins sur un même fait ne pourra répéter les frais des autres dépositions.

Tarif 168. — Ordonn., art. 21. — Code de proc., art. 413, 1031.

[CCXXXIV *bis*. Cet article ne défend point de faire entendre plus de cinq témoins sur le même fait; mais, comme il est probable que ce nombre sera toujours suffisant, il ne veut point qu'on multiplie inutilement les frais, ce que le poursuivant pourrait malicieusement faire dans le but d'accabler son adversaire; il déclare donc que la partie qui aura fait entendre plus de cinq témoins sur le même fait ne pourra répéter les frais des autres dépositions.

Boncenne, t. 2, p. 144, conclut, avec raison, que *le juge taxateur, en liquidant les dépens, laisse au compte de celui qui a obtenu gain de cause les allocations payées à ses témoins supernuméraires, le coût de leurs assignations et celui du procès-verbal dans la même proportion*; il faut y ajouter alors une quotité proportionnelle des honoraires de vacation et des frais.]

[**1098** ter. *Si, parmi les témoins excédant le nombre de cinq, il en est dont la taxe soit plus ou moins considérable, à cause des distances, devra-t-on passer en taxe ceux qui sont moins chers préférablement aux autres?*

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 534, et Thomine, n° 331, pensent qu'il faut plutôt passer en taxe les frais des témoins principaux, dont les dépositions sont plus concluantes, et, en cas d'incertitude, les frais de ceux qui doivent être moins onéreux au condamné.

Nous croyons que ce point doit être abandonné à la sagesse du juge taxateur, qui se décidera d'après les circonstances.

Au reste, comme le fait observer Favard, t. 2, p. 369, n° 16, il n'y aurait pas lieu à l'application de l'art. 281, si le témoin, après avoir déposé sur le même fait que les cinq premiers, s'expliquait ensuite sur d'autres faits dont ceux-ci n'auraient point déposé; car alors, on ne pourrait prétendre qu'il eût été assigné pour établir le même fait.]

1099. *Quels doivent être le nombre et la qualité des témoins nécessaires pour compléter une preuve?*

Sous la législation ancienne, les juges ne pouvaient pas tenir pour prouvé un fait qui n'était attesté que par un témoin, et ils étaient forcés de tenir pour prouvé tout fait que deux témoins irréprochables leur certifiaient, d'une manière bien précise, s'être passé sous leurs yeux.

De là, dit Merlin, *Rép.*, v° *Preuve*, sect. 3, ces manières de parler si communes alors : *Je suis convaincu comme homme, mais je ne le suis pas comme juge*; ou *je suis convaincu comme juge, mais je ne le suis pas comme homme*. — Et grâce aux progrès des lumières, ajoute cet auteur, il en est autrement sous la législation actuelle. Cela résulte, pour les matières civiles, du silence absolu que garde le Code de procédure, tant sur le nombre que sur la qualité des témoins nécessaires pour compléter une preuve, et de la disposition par laquelle il abroge (art. 1041) toutes les lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile.

D'après cette opinion, l'on appliquerait aux matières civiles ce qui est formellement prescrit par le Code d'instruction pour les matières criminelles; c'est-à-dire que le juge qui aurait à prononcer par suite d'une enquête doit être considéré comme un juré; que, par conséquent, il peut avoir égard à la déposition d'un témoin unique, de même qu'il n'est point forcé de regarder comme prouvé le fait attesté par plusieurs témoignages; qu'en un mot, il doit prononcer ce que lui dicte l'intime conviction qu'il a acquise de la vérité ou de la fausseté des faits (1). (*V.* Berriat, titre *des Enquêtes*, note 34, et Toullier, t. 9, n° 317.)

---

(1) Plusieurs auteurs professent une autre doctrine. Il faut des témoins, dit Thomine, n° 59; *un seul ne suffirait pas pour faire une preuve*, à moins qu'il ne s'agit d'une preuve ordonnée pour joindre à un commencement de preuve, ou, comme le dit Demiau, p. 218, de divers faits qui auraient rapport à un fait général; *quando plura tendunt ad perficiendum unum totum, tunc, quæ non prosunt singula, si sint simul collecta, juvant.*

L'auteur que nous venons de citer reproduit aussi tous les principes d'après lesquels on déterminait, dans l'ancienne jurisprudence, le nombre et la qualité des témoignages nécessaires pour former une preuve complète.

Nous croyons que c'est à l'opinion de Merlin que l'on doit s'attacher, non-seulement par la raison qu'il tire de l'art. 1041 du Code de procédure, pour conclure l'abrogation de ces principes, mais encore parce que le Code civil, qui traite de la preuve testimoniale, ne les a point conservés. Or, l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII abroge toute loi générale ou locale dans les matières qui sont l'objet de ce Code.

Nota. On remarquera que la question que nous venons d'examiner ne se rattache pas très-directement à l'objet de notre travail. Nous avons cru néanmoins devoir nous y arrêter, attendu son importance; mais nous ne pouvons, relativement au grand nombre de questions que nous aurions à traiter, si nous voulions poser les règles relatives à l'influence et aux effets de la preuve par témoins, que renvoyer aux ouvrages qui les expliquent.

Voyez, entre autres, le Traité de la preuve par témoins, de Danty; l'Essai sur la nature et la force des preuves, par Gabriel; le nouveau Traité de la preuve par témoins, de Desquiron; le *Rép.* de Merlin, v° *Preuves*, sect. 3, et enfin le t. 9 de Toullier, n° 317.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 433, paraît tenir encore aux règles de l'ancien droit. Un seul témoin ne lui suffit pas pour faire preuve d'un fait. Deux ne lui suffisent qu'autant qu'ils déclarent en avoir acquis la connaissance ensemble et simultanément; parce que, dit-il, cette circonstance pourra aider à vérifier l'exactitude de leur déposition, en les interrogeant, séparément l'un de l'autre, sur les détails du fait qu'ils rapportent. Enfin si plusieurs témoins tendent à établir un fait, mais en déclarant en avoir acquis connaissance séparément, comme leurs dépositions ne peuvent être soumises à l'épreuve de la comparaison, ils ne peuvent, d'après le même auteur, faire preuve qu'autant qu'ils sont au nombre de cinq. Pigeau fait même observer, avec une sorte de regret, que sous l'ancienne jurisprudence il en aurait fallu dix.

Pour nous, nous pensons que toutes ces distinctions sont des subtilités; qu'aujourd'hui les magistrats ne doivent se décider que d'après leur conviction intime, sans égard au plus ou moins grand nombre de témoins, et que la règle *testis unus testis nullus,* si elle est encore admise, ne doit l'être que comme un avis de prudence et de circonspection, et non point comme un principe absolu. La cour de cassation l'a formellement décidé par son arrêt du 22 nov. 1815; la cour de Metz s'est aussi rangée à cette doctrine, le 10 juin 1820; Thomine l'enseigne également dans son nouvel ouvrage, t. 1, p. 482, quoique, d'après l'observation que fait Carré à la note, cet auteur eût autrefois professé l'opinion contraire. (*V.* encore, dans le même sens, Favard, t. 2, p. 343; Boitard, t. 2, p. 241, et surtout l'élégante et substantielle dissertation de Boncenne, t. 2, p. 117, sur l'*ancien système des preuves légales*.)]

Art. 282. Aucun reproche ne sera proposé après la déposition s'il n'est pas justifié par écrit (1).

Tarif 71. — Ordonn. de 1670, tit. XV, art. 20. — Code de pr., art. 478. — (*Voy.* Formules 248 et 249.)

CCXXXV. On a vu par l'art. 270 que les reproches doivent être proposés avant la déposition, parce qu'il serait à craindre, s'ils pouvaient l'être après, qu'ils ne fussent inspirés par la déclaration, dont on saurait le contenu, et calqués d'après elle. Néanmoins, l'art. 282 admet, même après la déposition, à proposer les reproches justifiés par écrit, parce qu'en cette circonstance, on n'a point à craindre, comme dans le premier cas, qu'ils aient été inventés et concertés après coup.

[Cet article a été appliqué, dans toute sa rigueur, par la cour de Riom, le 28 novembre 1828. (Sirey, t. 29, p. 191.)]

1100. *Qu'entend-on par ces mots* reproches justifiés par écrit?

Ce sont des reproches justifiés par titre, comme par exemple, lorsqu'il résulte d'un acte authentique que tel témoin qui a déposé ne pouvait être entendu, parce qu'il était *reprochable* du chef de la parenté ou de l'alliance, ou bien encore parce qu'il résulterait d'un écrit également certain que ce même individu avait, avant de déposer, donné un certificat sur les faits au sujet desquels son témoignage a été invoqué, etc.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 535, donne à peu près les mêmes exemples. Un arrêt de la cour de Poitiers, du 10 mai 1825, en fournit un autre pris du cas où on reprocherait un témoin après sa déposition, en se fondant sur sa qualité d'habitant d'une commune partie au procès, si toutefois cette qualité résultait de la déclaration du témoin, *écrite* au procès-verbal. La cour de Poitiers a supposé sans doute que cette qualité n'était point connue de la partie avant que le témoin l'eût déclarée lui-même.]

Art. 283. Pourront être reprochés, les parents ou alliés de l'une et de l'autre des parties, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement; les parents et alliés des conjoints au degré ci-dessus, si le conjoint est vivant, ou si la partie ou le témoin en a des enfants vivants; en cas que le conjoint soit décédé, et qu'il n'ait pas laissé de descendants, pourront être reprochés les parents et alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et belles-sœurs.

Pourront aussi être reprochés, le témoin héritier présomptif ou donataire; celui qui aura bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête; celui qui aura donné des certificats sur les faits relatifs au procès; les serviteurs et domestiques; le témoin en état d'accusation; celui qui aura été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou même à une peine correctionnelle pour cause de vol.

C. C., art. 251.—Ordonn. de 1667, tit. XXIII, art. 2. — Carré, *Compét.*, 2e part., liv. III, tit. II, chap. 2, art. 317, § 4, et *Q.* 149 (2).

---

(1) L'art. 71 du tarif autorise et taxe, pour l'exécution de cet article, deux écrits, l'un pour proposer le reproche, l'autre pour y répondre.

(2) Jurisprudence.

[1° La mendicité n'est pas par elle-même un motif suffisant pour reprocher un témoin, sauf au juge à avoir

CCXXXVI. La loi indique, dans l'article qui précède, les causes pour lesquelles les témoins peuvent être reprochés. A la différence de l'ordonnance de 1667, qui avait prononcé l'exclusion du droit de témoignage, non-seulement contre tous les parents ou alliés en ligne directe, mais encore contre les parents et alliés en ligne collatérale, jusqu'au huitième degré, et qui avait abandonné les moyens de reproches à la conscience du juge, sans en indiquer aucun, elle permet de reprocher les parents et alliés de l'une ou de l'autre des parties, jusqu'au degré de cousin germain. La raison en est que le danger d'entendre, comme témoins, des personnes que les liens du sang ou de l'affinité font présumer susceptibles d'intérêt ou de partialité, diminue à mesure que les liens s'éloignent de leur origine, et alors, comme le dit le rapporteur au Corps législatif, rien ne s'oppose à ce que la loi laisse aux parties le droit d'admettre les dépositions. C'est un hommage qu'elle leur laisse à rendre à la probité du témoin, qui ne peut être suspect aux yeux du juge, dès que les parties, éclairées par leur propre intérêt, consentent à s'en rapporter à ses déclarations.

Outre ce moyen de reproche général, la loi en indique six autres, tous fondés, ou sur l'intérêt personnel, ou sur des liaisons intimes qui se sont manifestées depuis le jugement, ou sur la foi engagée, ou sur l'infamie. La disposition qui les adopte est l'écho de toutes les lois, parce que ces motifs sont de tous les temps comme de toutes les nations. Mais devra-t-on conclure de cette indication ou énumération, que le législateur ait voulu limiter, au nombre de causes que renferme notre article, les moyens de reproches, dont le nombre, dit un jurisconsulte célèbre, est illimité par la nature des choses? Cette question est la première que nous avons à examiner sur cet article. (*V.* numéro suivant.)

1101. *Les causes de reproches mentionnées dans l'art.* 283 *sont-elles les seules que les juges puissent admettre ?*

La plupart des cours d'appel faisaient observer, sur l'art. 286 du projet de Code, que l'énumération des causes de reproches qui

---

tel égard que de raison à la déposition du mendiant. (Rennes, 12 janv. 1810; Dalloz, t. 27, p. 72. *Voy.* notre *Quest.* 1101.)

2° Un témoin reprochable pour avoir bu ou mangé avec la partie, etc., pouvant être entendu dans sa déposition, l'on ne peut induire l'abandon du reproche de ce que la partie contre laquelle il a été produit l'a interpellé de faire sa déclaration sur les faits qui tenaient au fond de la cause. (Rennes, 23 nov. 1813.)

3° Est à l'abri de la cassation, l'arrêt par lequel une cour royale a déclaré reprochable un témoin qui a mis sa déposition au prix d'un haut intérêt, et écrit aux parties des lettres présentant le caractère de certificats. (Cass., 12 déc. 1831; Sirey, t. 32, p. 38.)

4° Est reprochable, comme ayant donné un certificat sur les faits à prouver, le témoin qui, ne sachant pas écrire, a simplement apposé sa marque au bas du certificat, lorsqu'il reconnaît cette marque pour être la sienne. (Metz, 23 fév. 1821.)

5° Lorsqu'un juge, commis pour procéder à une enquête, a fait l'ouverture du procès-verbal, les parties ne peuvent le faire figurer comme témoin dans les enquêtes qu'il était chargé de recevoir à l'égard d'un fait antérieur à sa nomination. (Grenoble, 20 août 1825.)

6° Le juge qui s'abstient volontairement n'est pas pour cela seul reprochable comme témoin. (Cass., 24 juin 1828; Sirey, t. 28, p. 434.)

7° Comme aussi n'est pas reprochable le juge qui s'est abstenu dans l'affaire où il a fait l'office de conciliateur. (Orléans, 4 avril 1810; Dalloz, t. 27, p. 68.)

8° Le greffier d'un tribunal de police ne devant pas tenir note des dépositions des témoins, et des dires des parties, aucune loi ne prohibe, à peine de nullité, qu'il soit entendu en témoignage dans la cause soumise au tribunal de police, même pendant qu'il tient la plume. (Cass., 2 fév. 1809.)

9° Les pensionnaires de l'administration des canaux doivent être assimilés aux donataires ordinaires, quoique la gratification dont ils jouissent soit essentiellement révocable. (Orléans, 7 mars 1821.)

10° Le témoin qui est reconnu comme le mandataire de l'une des parties peut être reproché. (Poitiers, 12 déc. 1837; Sirey, t. 38, p. 298.)

11° Est reprochable comme témoin, dans une contestation intéressant une commune, et occasionnée par des travaux faits au nom de cette commune, l'ingénieur qui en a donné les plans. (Amiens, 26 novembre 1825.)

12° Le vendeur à réméré peut être entendu dans une cause étrangère à l'immeuble vendu, qui intéresse uniquement son acquéreur. Le contrat de vente à réméré n'établit aucune dépendance du vendeur à l'acquéreur. (Limoges, 8 mars 1838.)

13° Un témoin n'est pas reprochable parce qu'on lui a signifié les considérants de l'arrêt ordonnant l'enquête dans laquelle il doit être entendu; seulement cette signification surabondante peut être rejetée lors de la taxe. (Bourges, 10 janv. 1831; Sirey, t. 31, p. 248.)

14° Le défendeur qui, après jugement ordonnant une enquête, appelle en garantie un tiers, parent de l'un des témoins, ne peut reprocher ce témoin pour cause de parenté. (Cass., 24 juill. 1828.)

15° Le concubinage, même adultère, n'est pas une cause suffisante de reproche pour faire rejeter la déposition du témoin auquel il est imputable. (Paris, 11 février 1815; Dalloz, t. 17, p. 254; Sirey, t. 16, p. 214.)

16° Des étrangers peuvent déposer comme témoins dans une enquête. (Colmar, 15 germ. an XIII.)

17° N'est pas reprochable le témoin poursuivi par l'administration forestière pour avoir fait pacager des bestiaux dans les bois de l'une des parties avec l'autorisation de l'autre qui a pris pour lui fait et cause contre l'administration. (Bourges, 10 mai 1830.)

18° La circonstance que l'individu appelé comme témoin dans une enquête tenue à l'effet de vérifier l'écriture et la signature d'un testament olographe, aurait été chargé par le défunt, dans le même testament, de l'administration de la succession jusqu'à telle époque déterminée, ne suffit pas pour empêcher qu'il soit entendu. (Brux., 13 juillet 1827; J. de B., 1828, t. 2, p. 70.)]

étaient détaillées en cet article, ne devait pas exclure plusieurs autres qui seraient de nature à faire impression sur les juges. Ces cours proposaient, en conséquence, d'ajouter que les reproches fondés sur d'autres causes que celles mentionnées en l'article, seraient appréciés par le tribunal, qui pourrait ou les admettre, ou les rejeter, ou les joindre au principal, pour y avoir tel égard que de raison. (*V.* le détail de ces causes de reproches, au *Comm.* de Rodier, art. 1 du tit. XXIII de l'ordonn., *Quest.* 1re.) (1).

De là résulte la question que nous avons à décider. Il est à remarquer, avant tout, que tous les auteurs qui l'ont traitée se sont accordés à considérer l'art. 283 comme n'étant pas tellement *limitatif*, qu'une partie ne fût pas recevable à fonder un reproche sur d'autres causes que celles qu'il indique. Mais Toullier est celui d'entre eux qui se prononce le plus fortement en ce sens. (*V.* t. 9, n°s 271, 278 et 301.) Nous avions adopté, dans notre *Analyse*, une opinion qui nous semblait concilier avec les observations des cours le texte de la loi, en ce qu'il eût pu sembler limitatif, par la raison qu'on n'eût pas égard à ces observations, et nous disions, en nous fondant sur plusieurs arrêts de cours royales, auxquels nous en pourrions ajouter plusieurs autres, rendus par celle de Rennes, que les causes de reproches mentionnées dans l'art. 283 étaient les seules que les juges pouvaient admettre; mais qu'ils étaient autorisés, néanmoins, à avoir tel égard que de raison à des moyens propres à faire considérer la déposition d'un témoin comme indigne de foi. La cour de cassation, par arrêt du 3 juillet 1820 (Dalloz, t. 27, p. 58; Sirey, t. 21, p. 107), a levé toute incertitude, en décidant que les juges peuvent admettre contre les témoins d'autres motifs de reproches que ceux spécifiés par l'art. 283, C. proc., les dispositions de cet article étant DÉMONSTRATIVES et non *limitatives*. (*V.* Sirey, t. 21, p. 107. — *V.* dans ce sens Brux., 9 mai 1838; J. de B., 1839, p. 233, et *contrà*, Brux., 4 nov. 1837; *ib.*, p. 138.) (2).

[L'énumération contenue en l'art. 283 est-elle limitative? Cette question, qui a divisé les cours royales et les chambres mêmes de la cour de cassation, ne nous semble pas présenter autant de difficulté que cette contrariété de jurisprudence pourrait le faire croire. Le moyen le plus simple, selon nous, de parvenir à sa solution, c'est de la poser en ces termes : Est-il possible qu'en dehors des cas prévus par l'article 283, il y ait, pour un témoin, telle ou telle position qui rende sa déposition suspecte de partialité? Qui pourra répondre que non ? Et du moment qu'on reconnaît cette supposition possible, qui dira que le législateur ait voulu imposer aux magistrats l'obligation d'avoir égard à un témoignage qu'au fond de leur conscience ils savent bien n'être pas l'expression de la vérité? Les juges ne sont-ils pas intéressés à pouvoir apprécier la valeur des éléments de leur sentence, et le degré de confiance que mérite chacun d'eux? La justice surtout n'y a-t-elle pas un intérêt évident? Mais comment cette appréciation pourrait-elle avoir lieu, s'il n'était point permis de leur faire connaître les circonstances d'où elle peut résulter, d'articuler en un mot, sous forme de reproche, les faits qui peuvent constituer un témoin en état de suspicion?

La cour de cassation qui, dans l'arrêt du 3 juillet 1820 (Dalloz, t. 27, p. 58; Sirey, t. 21, p. 107), cité par Carré, avait décidé que l'article 283 est démonstratif, a dit précisément le contraire dans un arrêt du 25 juillet 1826 (Sirey, t. 27, p. 59), rendu par la section civile. Mais la section des requêtes a maintenu sa jurisprudence, les 17 et 23 mai 1827. Ce grave débat avait été soulevé entre les deux sections par la question de savoir si les habitants d'une commune peuvent être reprochés dans une enquête qui intéresse cette commune, question que nous examinerons plus tard, et qu'on verra avoir été maintenant réduite à des termes transactionnels. Si on lit attentivement les motifs des arrêts que nous venons de citer, et qu'on examine bien le point jugé par chacun d'eux, on se convaincra que dès lors il y avait, dans l'une et l'autre section, véritable tendance à cette transaction, c'est-à-dire qu'elles se sont décidées plutôt par des considérations de fait à raison du plus ou moins d'intérêt que les témoins reprochés pouvaient avoir au litige : en sorte qu'il faut attacher peu d'importance aux considérants dans lesquels on lit, tantôt que l'article est limitatif, tantôt qu'il est démonstratif; ce n'est là qu'un motif trop absolu dont on s'est étayé pour admettre ou rejeter le reproche, selon qu'en lui-même et d'après sa propre valeur il méritait d'être admis ou rejeté.

D'où nous concluons que, pour bien connaître le véritable esprit de la jurisprudence, il faut se rappeler qu'il ne se trouve pas toujours dans les motifs des arrêts, motifs qui

---

(1) Ainsi, disait la cour de Caen, les reproches mentionnés au projet *pourraient* être absolus, et il faudrait permettre aux parties d'articuler tels autres reproches, et laisser à la prudence des juges d'y avoir tel égard que de raison, en sorte qu'ils puissent, dans leur sagesse, accorder l'équité avec la stricte justice.

Nonobstant ces observations, le projet n'a souffert aucun changement; nulle addition n'a été faite à l'article 286 du projet qui forme aujourd'hui l'art. 283 du Code.

(2) *V.* la note sous la *Question* 1102.

sont bien souvent l'ouvrage d'un seul conseiller, et qui peuvent contenir mille contradictions apparentes, sans qu'au fond il y en ait de bien formelles.

C'est dans cette disposition d'esprit qu'il faut lire un arrêt de la cour de Paris, du 24 mai 1811 (Dalloz, t. 27, p. 58), et un autre de la cour de Rennes, du 30 juillet 1817. Ils énoncent l'un et l'autre, sans en donner aucune raison, que l'art. 283 est limitatif : le contraire a été formellement décidé par trois arrêts de la cour de Bourges, des 8 février, 10 mai et 20 juillet 1831; par un autre, de la cour d'Angers, 28 juin 1823 (Dalloz, t. 27, p. 64); par un arrêt de la cour de Poitiers, du 12 déc. 1837 (Sirey, t. 38, p. 298), et implicitement par un très-grand nombre d'arrêts qui ont admis des reproches non énumérés dans la loi, comme on pourra le voir par les citations que nous aurons occasion de faire sous les diverses questions que nous poserons sur cet article. (Cass., 15 fév. 1837; Sirey, t. 37, p. 424.)

Déjà le 8 juillet 1819 (Sirey, t. 20, p. 165; Dalloz, t. 1, p. 271), la cour de cassation avait rejeté le pourvoi contre un jugement qui, tout en refusant d'admettre un reproche non prévu par l'art. 283, s'était néanmoins réservé d'avoir tel égard que de raison à la déposition du témoin reproché. Usant d'un semblable tempérament, la cour de Limoges, par son arrêt du 8 mars 1838, a dit que, quoique la disposition de l'art. 283 du Code de procédure civile ne soit pas limitative, néanmoins les tribunaux ne peuvent admettre des causes de reproches autres que celles prévues par la loi qu'avec une extrême réserve.

Il n'y a point de doute que, puisque ces causes de reproches sont entièrement laissées à l'appréciation des juges, la loi s'en rapporte à leur prudence, et que leur sagesse habituelle doit les guider. Mais s'ensuit-il qu'il y ait une ligne de démarcation profonde entre les reproches prévus et ceux qui ne le sont point, qu'on doive les traiter d'une manière différente, et, par exemple, qu'on doive toujours lire la déposition du témoin reproché, lorsque le reproche admis n'est pas un de ceux mentionnés dans l'art. 283? C'est l'opinion de Thomine, n° 334; il admet une troisième classe de reproches, qui comprendrait, d'après lui, ceux qui autorisent le juge à traiter avec quelque défiance la déposition d'un témoin, mais non pas à en supprimer la lecture.

Quant à nous, il nous répugne d'admettre rien de trop absolu en cette matière. Sans doute, si la cause de reproche n'est pas importante, si le juge croit que la lecture de sa déposition pourra l'éclairer sur la valeur de ce même reproche, il fera lire; mais si, dès l'articulation du fait proposé, il lui semble qu'il est impossible d'avoir confiance au témoignage d'un homme contre lequel s'élève tel ou tel soupçon, s'il croit dangereux de l'entendre, il lui sera libre également de se mettre à l'abri des influences que la lecture de ce témoignage pourrait exercer sur lui, malgré lui.

En un mot, les tribunaux jouissent et doivent jouir, en cette matière, d'un pouvoir discrétionnaire. C'est ainsi que Dalloz s'exprime, t. 27, p. 54, n° 5; c'est aussi l'avis de Toullier, t. 9, n°s 291 et suiv.; de Favard, t. 2, p. 366, n° 11, et de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 535, qui donne pour exemple de reproches extralégaux, mais admissibles, les cas de récusation d'un juge.

Au contraire, il paraît surprenant à Boitard, t. 1, p. 416, qu'un pareil système ait jamais été adopté. Il trouve les causes indiquées dans l'art. 283 déjà trop multipliées et trop légères, il s'indigne qu'on essaye d'en ajouter encore d'autres. Qu'il y ait bien peu de gravité dans quelqu'une de ces causes de reproche, nous l'avouons, mais ce serait tout au plus un motif pour donner aux juges la faculté de les rejeter, suivant les circonstances, faculté reconnue par plusieurs auteurs, comme on le verra sous la *Quest.* 1102.

Néanmoins Berriat, titre *des Enquêtes*, note 42, professe l'opinion de Boitard; il en est de même de Locré, *Esprit du Code de comm.*, t. 9, p. 307 et 308.]

[1101 bis. *Le témoin qui a un intérêt dans la cause peut-il être reproché de ce chef* (1)?

Certes, si jamais il y a lieu d'appliquer les principes que nous venons d'émettre sur la précédente question, c'est surtout dans l'espèce que suppose la question actuelle. L'intérêt particulier est aveugle et passionné, c'est le mobile le plus actif des mauvaises actions et des paroles dissimulées : la déposition d'un témoin susceptible de subir une telle influence sera donc on ne peut plus suspecte. Aussi la cour de cassation a-t-elle décidé, le 3 juillet 1820 (Dalloz, t. 27, p. 58; Sirey, t. 21, p. 107), qu'on peut reprocher le témoin qui a un intérêt direct à la vérification du fait en litige, ou

(1) [* Celui qui est institué légataire particulier dans un testament olographe, dont le légataire universel poursuit la vérification d'écriture, peut être reproché comme témoin dans l'enquête sur ce point.

Il en est de même du débiteur de ce légataire universel.

Son teneur de livres, qui déclare tout à la fois être son homme de confiance, est également reprochable.

Il en serait de même de celui qui aurait souscrit au profit et à l'ordre de ce légataire, banquier, des effets non échus. (Br., 9 mai 1838; J. de B., 1838, p. 233.)]

qui a un procès civil avec la partie contre laquelle il est produit, à moins que ce procès n'ait été intenté depuis l'instance donnant lieu à l'enquête (Bourges, 30 novembre 1830; Sirey, t. 31, p. 164), ou qui se trouve le débiteur de celle qui le produit; et le 15 février 1837, cass. (Sirey, t. 37, p. 424), que la question de savoir si un témoin est reprochable à raison de l'intérêt qu'il a dans l'affaire est une question d'appréciation qui échappe à sa censure; la cour de Limoges admet aussi le reproche contre le débiteur de l'une des parties (8 mars 1838, audience solennelle), lorsque l'obligation qu'il a contractée est assez considérable, eu égard à son état de fortune, pour l'inquiéter sur les poursuites de son créancier. La cour de Rennes a, il est vrai, rejeté des reproches fondés sur ce que le témoin était débiteur de la partie ou créancier de la faillite à raison de laquelle s'agitait la cause (4 juillet 1814, et 29 nov. 1820; Dalloz, t. 27, p. 71), mais cela vient de ce que, dans la première espèce, la qualité de débiteur n'était qu'alléguée et nullement prouvée; dans la seconde, celle de créancier n'était appuyée sur aucun titre, et d'ailleurs le témoin avait déclaré y renoncer; dès lors, ni l'un ni l'autre n'avait plus un intérêt personnel à la contestation.

Par la raison des contraires, la cour de Bruxelles a décidé, le 27 avril 1824 (J. de B., 1824, t. 1, p. 451), et celle de Bordeaux, le 5 juin 1834 (Sirey, t. 34, p. 478), que les créanciers d'une faillite ne peuvent pas être entendus comme témoins dans une instance introduite par les syndics dans l'intérêt de la masse; et la cour de Douai, le 19 août 1835 (Sirey, t. 36, p. 246), que le sociétaire d'une compagnie d'assurance mutuelle est reprochable dans une enquête intéressant l'association dont il fait partie; mais qu'il n'en est pas de même des employés de la société, sauf à avoir à leur déposition tel égard que de raison.

La cour de Bruxelles a jugé aussi, le 1er mai 1830 (J. de B., 1830, t. 1, p. 311), que celui qui a un intérêt dans une maison de commerce ne peut pas être entendu comme témoin dans un procès soutenu par cette maison; et, si la cour de cassation a dit, le 4 janvier 1808 (Dalloz, t. 21, p. 235; Sirey, t. 8, p. 249), que l'associé peut produire et faire entendre comme témoin son associé, cela doit s'entendre d'une contestation qui n'intéresse point la masse sociale.

Nous terminerons cette nomenclature par un arrêt de la cour de Bruxelles, du 27 janvier 1835 (J. de B., 1835, 2e, p. 365), d'après lequel celui qui, étant partie dans un procès, a posé certains faits à l'appui de ses conclusions, avec offre de les prouver, ne peut être admis à déposer sur les mêmes faits, après avoir été mis hors d'instance. C'est qu'alors il y a pour lui une sorte d'intérêt moral, ou, si l'on veut, d'amour-propre à faire acquérir la preuve de ce qu'il a avancé; ne pourrait-on pas aussi l'assimiler jusqu'à un certain point à ceux qui auraient donné des certificats dans l'affaire?

La même cour de Bruxelles semble néanmoins s'être écartée du principe en décidant, le 17 janvier 1824 (J. de B., 1824, 2e, p. 59), qu'un huissier ne peut être reproché, dans une contre-enquête tendante à démontrer la vérité des énonciations contenues dans son exploit, par cela seul que l'enquête directe aurait pour but d'établir un fait dont l'existence l'exposerait à des dommages. La circonstance qu'il s'agissait d'un officier ministériel venant défendre ses actes peut avoir influé sur cette décision, que nous n'approuverions pas en thèse, et qui est contrariée par un arrêt de la cour de Bourges, du 6 juin 1825 (Sirey, t. 26, p. 154), rapporté et approuvé *infrà*, sous la *Question* 1114 *bis*.]

[1101 ter. ***Les habitants d'une commune partie au procès peuvent-ils être reprochés de ce chef?***

Le principe qui dérive de la solution précédente doit nécessairement nous guider pour résoudre cette nouvelle question. Il est bien certain que, lorsqu'une commune est partie dans un procès, on peut regarder chacun de ses habitants comme intéressé à l'issue du litige. Cependant il peut se faire, et il arrive très-souvent, que cet intérêt soit, pour chaque individu, d'une si faible importance, que les juges ne le trouvent point suffisant pour faire suspecter son témoignage de dissimulation. Alors le reproche est sans grief, on ne l'admet point; mais si l'intérêt est majeur, on peut en faire une cause de reproche. Ou c'est un droit de jouissance individuelle qui est contesté aux habitants d'une commune en la personne du maire, ou il s'agit d'une propriété communale qui est affermée ou non susceptible d'une jouissance individuelle. Dans le premier cas, un témoin est presque toujours reprochable, tandis que, dans le second, il ne l'est presque jamais.

Voilà à quels termes transactionnels la jurisprudence, après avoir longtemps hésité, a enfin réduit cette question. Un arrêt de la cour de cassation, du 30 mars 1836, offre le résumé exact de cette jurisprudence en décidant que les habitants d'une commune ne sont pas reprochables dans une enquête où la commune est partie, lorsqu'ils n'ont pas un intérêt direct dans la contestation; mais qu'il en serait autrement s'ils y avaient un intérêt individuel.

Un arrêt plus récent encore, de la cour de Limoges, consacre en termes formels la même distinction. Cet arrêt, du 8 mars 1838, audience solennelle, décide que les habitants d'une commune, intéressés au procès, ne peuvent pas être reprochés d'une manière absolue; que les tribunaux, en pareil cas, ont un pouvoir dis-

crétionnaire, et doivent apprécier, d'après les circonstances de la cause, si l'intérêt personnel du témoin est assez grave pour faire soupçonner l'impartialité de son témoignage; et voilà pourquoi la même cour, même arrêt, décide encore qu'on peut reprocher, dans une contre-enquête, les habitants d'une commune partie au procès, quoique, dans l'enquête, on ait fait entendre des témoins ayant cette qualité. En effet, les uns et les autres peuvent être placés dans des positions diverses.

Le même principe avait déjà dicté les décisions de la cour de cassation, 29 juin 1831 (Sirey, t. 31, p. 308), qui déclare n'y avoir lieu à reproche contre les habitants de la commune dans une contestation où il s'agissait d'un bail donné par elle à un particulier moyennant la somme de cinq francs, et des cours d'Agen, 8 janv. 1833, qui admet le reproche dans une espèce où il s'agissait de droits d'usage dont chaque habitant pouvait jouir dans son intérêt privé; de Bourges, 12 déc. 1836, qui agit de même lorsque les habitants ont un intérêt direct et personnel dans la contestation; enfin de Liége, 1er août 1836 (J. de B., 1836, 2e, p. 419), qui permet de reprocher seulement les habitants propriétaires de bestiaux dans une affaire où la commune soutenait avoir le droit d'user d'un abreuvoir.

L'état définitif de la jurisprudence étant ainsi fixé, il devient inutile d'analyser les nombreux arrêts qui avaient jugé la question en sens divers avant que fût établie la distinction pleine de justesse qui doit servir désormais à la résoudre. Un arrêt de la cour d'Orléans, du 5 avril 1827, prononce contre le reproche d'une manière générale, et dit que les habitants ne peuvent être regardés comme parties dans le procès intenté par ou contre la commune. Nous pouvons affirmer que la jurisprudence de la cour de Toulouse est conforme à celle de la cour de cassation.

Les conseillers municipaux devant nécessairement appartenir à la commune dont ils composent le conseil, il semble que la question soit la même en ce qui les concerne qu'à l'égard de tous les autres; néanmoins n'y aurait-il pas contre eux une cause de reproche plus grave et indépendante de l'intérêt personnel qu'ils peuvent avoir au gain du procès, s'ils avaient pris part à la délibération par laquelle le maire a été autorisé à plaider? Ne serait-ce pas, à vrai dire, un certificat, un avis écrit qu'ils auraient donné dans la cause? La cour de Bourges a jugé l'affirmative par un arrêt du 10 janv. 1831 (Sirey, t. 31, p. 248); mais sa doctrine a été contestée. En permettant de reprocher les témoins qui auraient donné des certificats écrits, la loi, a-t-on dit, entend parler des certificats émanés de la volonté libre du témoin, et qui, comme tels, annoncent l'intérêt qu'il porte à l'une des parties; mais les conseillers municipaux, en assistant à la délibération pour laquelle ils ont été convoqués, remplissent un devoir légal; leur avis donné en cette occasion n'est point de nature à faire suspecter la bonne foi de leur témoignage. (*V.* Cass., 25 juill. 1826, que nous avons déjà cité sous la *Quest.* 1101.)

La solution donnée par Carré, *infrà, Question* 1110, que nous approuvons, ne va pas jusque-là; car il s'ensuivrait qu'un juge qui n'a rendu le jugement que pour obéir à son devoir, pourrait également être entendu en témoignage, ce que nous n'admettons pas en règle générale. (*Quest.* 1114 *ter.*) Les membres des conseils généraux, les conseillers municipaux, les conseillers de préfecture, les membres du comité consultatif, les conseillers d'État, en matière d'autorisation de plaider, doivent donc, selon nous, rentrer dans la nomenclature des personnes reprochables, parce qu'il y a eu de leur part connaissance et appréciation du litige. Toutefois, il n'y aurait pas voie à cassation contre le jugement qui les aurait entendus, parce que l'art. 285 ne les a pas nommément désignés. (*V. Quest.* 1102.)]

[1101 quater. ***Dans une contestation qui intéresse une commune, les parents au degré prohibé des habitants de cette commune ou leurs héritiers, ou leurs domestiques, etc., sont-ils reprochables comme témoins?***

L'affirmative a été jugée *in terminis* par arrêts de la cour d'Orléans, 7 mars et 10 août 1821; de Bourges, 7 décembre 1824 (Sirey, t. 25, p. 168), et 14 nov. 1825, et de Toulouse, 4 juin 1828. (Sirey, t. 28, p. 275.) Cette solution ne serait pas contestable, si les habitants de la commune devaient être regardés comme véritablement parties au procès. Mais, d'après ce que l'on a vu sous la *Quest.* 1101 *ter,* ce n'est pas ainsi que la jurisprudence la plus récente les considère; car s'ils étaient parties, le reproche devrait toujours et nécessairement être admis contre eux, nul ne pouvant déposer dans sa propre cause; au lieu de cela, on distingue à leur égard, et l'on mesure le degré de confiance qui doit être accordé à leur témoignage sur le degré d'intérêt qu'ils ont au gain de la cause; d'où il suit que ce n'est qu'indirectement qu'on est admis à les reprocher, et que par conséquent on ne peut leur attribuer la qualité de partie. Ce système nous paraît en effet raisonnable : lorsque la commune plaide, ce ne sont pas les habitants qui plaident en nom, ni en fait. C'est seulement le corps moral qui représente leur association; or, il est de principe que *universitas distat à singulis,* la communauté d'une part, et chacun de ses membres de l'autre, sont des individus tellement distincts, que leurs intérêts peuvent être en opposition, et que tel ou tel des habi-

tants peut se trouver dans la nécessité de faire des vœux contre le succès de la commune, alors même qu'il n'est point son adversaire. Si donc quelques-uns des témoins appelés sont parents des habitants de la commune, on ne peut pas dire qu'ils le soient de l'une des parties; car c'est la commune seule qui est véritablement partie; or, la commune n'a point de parents. Ces témoins sont à la vérité parents de personnes qui peuvent avoir un intérêt dans la cause; mais, si cela suffisait pour les reprocher, on ne sait plus où s'arrêteraient les causes de reproche. L'intérêt que les habitants ont dans le procès sera, si l'on veut, un motif pour les reprocher eux-mêmes; mais leurs parents, impossible; de même qu'une partie s'exposerait à voir reprocher son héritier présomptif, qui a le plus grand intérêt à sa réussite, mais non pas le parent, l'héritier, le domestique de celui-ci.

D'après ces considérations, la cour de Bourges est revenue sur sa précédente jurisprudence pour adopter un terme moyen qui ne nous semble pas encore parfaitement conforme à la loi : elle rejette le reproche dont il s'agit, sauf à avoir aux dépositions tel égard que de raison. Que, d'après les circonstances de la cause, elle se réservât d'apprécier la confiance que doit inspirer le témoignage de tel ou tel parent d'un habitant de la commune, et par suite d'admettre ou de rejeter le reproche, nous le concevrions, puisque nous accordons en cette matière un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux (*V. Quest.* 1101); mais qu'elle juge en principe que la qualité de parent, de domestique de l'un des habitants de la commune, est, par elle-même, et indépendamment de tous les faits particuliers, un motif même léger de *suspicion*, c'est ce que nous ne saurions admettre par suite des réflexions que nous venons de soumettre à nos lecteurs. C'est pourtant ce que la cour de Bourges a cru pouvoir formellement décider par ses arrêts des 14 avril 1829, et 10 janv. 1831. (Sirey, t. 31, p. 248.)

Mais notre système a été consacré dans son entier par la cour de cassation, le 30 mai 1825 (Sirey, t. 25, p. 306), et par la cour de Poitiers, le 16 novembre 1826. (Sirey, t. 28, p. 58.)

La cour de Riom a été encore plus loin, le 19 mai 1829, en disant que, lorsque plusieurs habitants d'une commune plaident *ut singuli*, ils forment néanmoins une sorte de communauté qui est véritablement partie au procès, et que, l'intérêt de chacun d'eux étant alors peu considérable, il ne peut être un motif de reproche contre le parent de quelques-uns d'entre eux. Ceci nous paraît une grave erreur : lorsque plusieurs plaident *ut singuli*, il n'y a plus de corps moral qui représente la communauté ; chacun d'eux se trouve en nom, et bien réellement partie au procès. La différence immense entre cette espèce d'association et celle qui est connue sous le nom de commune, c'est d'abord que l'une est légale et l'autre conventionnelle; en second lieu, chacun des habitants ne peut être censé avoir consenti au procès intenté par la commune, ni désirer sa réussite; en un mot ses intérêts ne sont pas nécessairement, liés à ceux de la commune. Au contraire, chacun de ceux qui plaident *ut singuli* est personnellement l'auteur du procès, ses intérêts se confondent incontestablement avec ceux de la masse ; enfin il est, à n'en pas douter, partie dans la cause. Et si, de là qu'il compte plusieurs coïntéressés, il avait le droit de faire entendre son parent, son héritier ou son domestique, il s'ensuivrait que l'admission du reproche pourrait dépendre à l'avenir du plus ou moins grand nombre d'adversaires qu'aurait un plaideur, ce qui est inadmissible.

Nous devons avouer que la cour de Limoges, dans son arrêt du 8 mars 1838, déjà cité plusieurs fois, adopte, à l'égard des parents des habitants, la même distinction que, d'accord avec notre système, elle a consacré relativement aux habitants eux-mêmes, c'est-à-dire qu'elle a décidé que ceux qui tiennent par les liens du sang aux habitants qui seraient reprochables comme ayant un intérêt important et direct, pourraient aussi être reprochés; mais qu'il n'en serait pas de même des parents de ceux qui n'auraient dans la cause qu'un intérêt de peu d'importance. Cette assimilation nous paraît peu fondée, toujours d'après les motifs que nous venons de développer.]

1102. ***Les juges ont-ils la faculté de rejeter les reproches, encore bien qu'il leur soit prouvé qu'ils seraient fondés sur l'une des causes mentionnées en l'art.* 283 (1)?**

Delaporte, t. 1, p. 281, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 229, décident affirmativement cette question, et nous avions donné la même solution dans notre *Analyse*, n° 977, mais toutefois en disant qu'il nous semblait que le juge, dans le cas où les causes du reproche n'étaient pas fondées sur la loi, ne nous semblait pas absolument autorisé à ordonner que la déposition ne serait pas lue.

Par les raisons que Toullier a développées dans son t. 9, en combattant l'opinion de Locré (*Espr. du C. de comm.*, t. 9, p. 307 et 308),

(1) [* La déposition d'un témoin reproché, pour un motif non admis expressément par la loi, doit être rejetée péremptoirement, sans qu'il soit permis de la lire, et le juge ne peut en permettre la lecture, même en déclarant qu'il entend n'y avoir que tel égard que de raison. (Br., 9 mai 1838; J. de B., 1838, p. 233.)]

et d'après la solution de la question qui précède, nous poserons en principe, comme le premier de ces auteurs, que les juges ont le pouvoir de rejeter, aussi bien que d'admettre, les moyens de reproches généraux indiqués par l'art. 283, suivant ce qui résulte des circonstances et des réponses aux reproches (1).

[Cette question est une des plus délicates qui puissent naître de l'interprétation du Code de procédure civile; elle a fixé l'attention de nos grands maîtres, elle a été traitée par Toullier, Carré et Locré!... Les deux premiers auteurs ont embrassé l'affirmative, mais le troisième a cru pouvoir présenter la négative; nous devons avouer que, de la combinaison des art. 268, 283 et 291, il résulte pour nous, jusqu'à l'évidence, qu'il est défendu aux juges, de la manière la plus expresse, d'avoir quelque égard que ce soit à la déposition d'un témoin contre lequel on prouve un des reproches désignés dans l'art. 283; nous devons ajouter qu'après avoir lu plusieurs fois, avec la plus scrupuleuse attention, la longue discussion de Toullier, nous avons cru nous apercevoir qu'elle ne portait que sur un raisonnement vicieux et en dehors de la loi. Et en effet, Toullier divise les reproches en reproches généraux et en reproches particuliers. Il n'admet cette distinction que pour établir la proposition que l'art. 283 n'est pas limitatif; question sur laquelle nous sommes d'accord avec lui (*suprà*, *Quest.* 1101). Quant aux reproches généraux, Toullier soutient que le Code ne commande point aux juges de les admettre, et qu'il ne pouvait le faire sans contradiction, puisqu'il leur ordonne de les juger. (Première partie de son raisonnement.)

Il ajoute que l'art. 268 défend d'admettre le témoignage, et commande de le rejeter, tandis que l'art. 283 permet seulement de reprocher. (Deuxième partie de son raisonnement.)

Il nous semble d'abord que le législateur n'est tombé dans aucune espèce de contradiction en imposant aux juges deux obligations: la première, d'examiner si les reproches doivent être admis, et la seconde, de ne pas souffrir qu'on lise les dépositions si les reproches sont admis; la partie qui propose les reproches ne peut pas être crue sur sa simple allégation, et si, à défaut de preuve écrite, elle a été obligée de prouver par témoins le cas de reproche, les juges auront à examiner son enquête, pour savoir si ou non le reproche doit être admis; mais si, en point de fait, les juges constatent que les témoins sont parents aux degrés dont parle l'art. 283, ou qu'ils ont donné des certificats sur l'affaire, ils doivent alors appliquer dans toute sa rigueur l'article 291 : il n'y a donc point de contradiction, nous le répétons, au contraire, il y a dans notre système application des règles ordinaires de la procédure.

Quant au second motif sur lequel s'appuie Toullier, nous ne le croyons pas mieux fondé dans l'art. 268. On lit une prohibition d'assigner les parents en ligne directe; ainsi l'huissier doit refuser son ministère pour une semblable signification; ainsi, l'individu assigné, en pareil cas, peut ne tenir aucun compte de cette assignation; ainsi il est du devoir du juge, dans l'intérêt de la morale publique, de ne pas entendre ces parents; voilà pourquoi la loi *défend d'admettre* et *commande de rejeter*, tandis que l'art. 283 laisse à la partie la faculté de reprocher ou de ne pas le faire; c'est aux parties principalement que le législateur s'est adressé dans les deux art. 268 et 283; dans l'un, il a défendu d'assigner, dans l'autre, il a permis de reprocher; cette faculté ne serait-elle pas illusoire, si les juges pouvaient admettre ou rejeter les reproches; si, plus sages que le législateur, ils pensaient qu'un homme qui est héritier présomptif, a trop de philosophie pour déposer dans l'intérêt de son auteur présumé, qu'un homme qui a été déjà marqué du stigmate de l'infamie est digne de balancer le témoignage de citoyens toujours bien famés depuis leur enfance? Quand la loi a tracé des règles, il faut les suivre et non pas en faire de simples indications qu'il est facile au juge de négliger; c'est tromper les plaideurs. Et quelle sera donc la position de celui qui, s'appuyant sur l'art. 283, introduira un incident pour reprocher un témoin qu'il ne connaît que par la condamnation qui l'a flétri, s'il voit repousser son exception par une fin de non-recevoir tirée de la bonne moralité du témoin? Qui devra donc supporter les frais de cet incident?

---

(1) Nous devons remarquer ici qu'un arrêt de la cour de cass., du 23 nov. 1812 (Sirey, t. 13, p. 174, et Dalloz, t. 27, p. 60), a décidé qu'il y avait fausse application de l'art. 283, dans un jugement qui avait admis un motif de reproche de témoins que la loi n'a pas créé; mais cette décision n'est point en opposition avec l'opinion ci-dessus émise, attendu qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'assimiler à une personne reprochable pour avoir donné un certificat, le notaire et les témoins instrumentaires d'un acte. Aucun autre motif de reproche n'étant présenté comme pouvant élever une présomption de partialité contre ces témoins, il était évident que l'on ne pouvait les déclarer reprochables *à raison de leur qualité*, et en les assimilant, par cette considération, à celui qui eût donné un certificat; mais il n'en reste pas moins vrai que, s'ils avaient été reprochés pour toute autre cause non mentionnée dans l'art. 283, le reproche eût été admissible. (*V.*, au surplus, la distinction faite par Toullier, t. 9, nos 294 et et 296, entre les reproches généraux et les reproches particuliers.)

Oui, quand nous admettons que l'art. 283 n'est pas limitatif, nous admettons aussi que les juges ont la faculté d'admettre ou de rejeter les reproches désignés dans cet article, parce qu'alors tout rentre dans l'arbitraire; mais, quant aux reproches expressément désignés par l'article, les juges doivent exécuter la loi. Dira-t-on qu'un juge pourra siéger dans une affaire où il aura consulté, dans une cause où une des parties sera son plus cruel ennemi, etc., parce que ces causes de récusation doivent être soumises au tribunal? — Oui, les juges doivent décider si ou non il y a inimitié capitale, si ou non la parenté existe; mais une fois le jugement de jurés posé en fait dans les motifs de leur jugement, ils ne sont plus libres d'y appliquer ou de ne pas y appliquer l'article 378, C. pr., pour quelque motif que ce soit.

Dira-t-on, enfin, parce que l'art. 501, C. pr., se sert absolument des mêmes termes que l'art. 291, *si la requête civile est admise*, qu'il est loisible aux juges de l'admettre ou de la rejeter, lorsqu'ils constateront en fait qu'une des ouvertures déterminées par l'art. 480 existe réellement? La négative ne peut être douteuse; on pourrait encore l'augmenter des art. 505 et 514, C. pr., et de bien d'autres.

On nous a soumis une objection à laquelle nous devons répondre.

Supposons, nous a-t-on dit, qu'il soit démontré, avoué même, si le témoin reproché a bu et mangé avec la partie et à ses frais depuis le jugement qui a ordonné l'enquête, que ce fait n'a été que le résultat du hasard et sans que ce rapprochement fortuit puisse en rien faire suspecter la loyauté du témoin : le juge sera-t-il obligé d'appliquer la loi?

Non, sans doute. Pour bien entendre une loi, il faut éclairer le texte de l'esprit : celui qu'un naufrage jettera sur une plage presque déserte, et qui ira solliciter un asile d'un homme qu'il ne connaît pas, pourra-t-il être reproché, précisément parce que cet homme aura un procès dans lequel son témoignage aura été jugé utile?

La raison de décider ne sera-t-elle pas la même, si, pendant un incendie, le témoin accueilli a couché, bu et mangé chez une des parties?

Les mots *à ses frais* indiquent la pensée de la loi. Ce sera là d'ailleurs une appréciation souveraine du fait, de même qu'un tribunal peut, sans encourir la cassation, décider que l'écrit produit ne lui paraît pas un *certificat pur des faits relatifs au procès*.

1103. *Y a-t-il lieu à reprocher des parents en ligne directe de l'une des parties?*

Nous avons dit, sur la 1055e *Quest.*, t. 2, p. 402, que les parents ou alliés à ce degré ne peuvent être *entendus* : il en résulte qu'ils n'ont pas besoin d'être reprochés, et c'est ce qui fait dire à Pigeau, t. 1, p. 202, n° 320, qu'il paraîtra peut-être superflu de les avoir compris dans la liste des témoins reprochables, mais que le législateur s'y est déterminé pour le cas où, contre la volonté de la loi, ils auraient été assignés et *entendus*. [*V.* nos observations sous la *Quest.* 1055.]

Nous pensons que le législateur n'a point voulu, par les termes généraux dont il se sert, parler des parents en ligne directe, afin d'exprimer qu'ils devront être reprochés. Si, sous ces mots, *parents ou alliés jusqu'au degré de cousin issu de germain*, les parents et alliés en ligne directe se trouvent compris, ce n'est pas une raison pour en conclure qu'il soit nécessaire de les reprocher pour empêcher que leur déposition soit lue. La prohibition prononcée par l'art. 268 suffit pour faire connaître que le législateur n'a eu en vue, dans l'art. 283, que les parents et alliés en ligne collatérale : d'où nous concluons que si, contre cette prohibition, des parents en ligne directe étaient assignés comme témoins, il suffirait à la partie intéressée de déclarer les liens qui les unissent à la partie adverse, pour que le juge-commissaire, en cas que l'alliance ou la parenté ne fût pas contestée, refusât de les entendre; ce qui n'aurait pas lieu, s'ils devaient être *reprochés*. (*V.* Toullier, t. 9, n° 286.) [C'est l'opinion de Boitard, t. 1, p. 415.]

1104. *Une partie pourrait-elle reprocher celui qui aurait épousé la sœur de la femme de la partie adverse?*

Nous ne faisons cette question qu'afin de rappeler que la section criminelle de la cour de cassation a plusieurs fois jugé, sur l'art. 358 de la loi du 3 brum. an IV, que les époux de deux sœurs ne sont pas alliés, et *vice versâ*, d'après le principe que l'affinité ne produit pas l'affinité. Ce principe a été appliqué par le ministre de la justice, à la disposition de l'article 162, C. civ., qui, en ligne collatérale, prohibe le mariage entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré, et il a conséquemment décidé que le mariage n'était pas défendu entre un individu et la veuve du frère de sa première femme. (*V.* lettre du 12 mars 1810, *Bibl. du barr.*, 1811, p. 197.)

Pour appliquer cette décision aux reproches pour cause de parenté ou d'alliance mentionnés en l'art. 283, nous disons qu'il n'est pas douteux que l'on ne puisse reprocher la personne qui aurait épousé, soit la sœur, soit le frère de la femme d'une des parties, et *vice versâ*, puisque cet article autorise le reproche des parents et alliés du conjoint, jusqu'au degré de cousin germain, si le conjoint est vivant, et celui des parents et alliés en ligne directe, des frères, *beaux-frères*, sœurs et

belles-sœurs, s'il est décédé : or, le mari de la sœur du conjoint est le *beau-frère* de celle-ci.

Mais on ne pourrait reprocher, par exemple, le mari de la sœur du beau-frère du conjoint, puisque celui-ci ne serait pas allié de ce dernier, d'après le principe ci-dessus énoncé.

[*Affinitas non parit affinitatem.* C'est un principe certain reconnu par tous les auteurs, et consacré par un arrêt de la cour de cassation du 5 prair. an XIII. (Dalloz, t. 27, p. 94 ; Sirey, t. 5, p. 341.) Il s'ensuit que les maris de deux sœurs, par exemple, ne sont point alliés entre eux. Mais ce principe n'a rien de commun avec la disposition de l'art. 283 qui ne le modifie point, mais qui ne le prend point pour règle dans l'énumération des personnes qu'il veut assujettir au reproche.

Cet article est clair, il déclare reprochables 1° les parents et alliés des parties, 2° les parents et alliés de leurs conjoints.

Ce n'est par créer, comme le dit Toullier, une affinité *absurde*, entre la partie et les alliés de son conjoint ; c'est seulement étendre le reproche aux alliés du conjoint quoiqu'ils ne soient pas alliés de la partie.

La loi a pu le faire, car elle aurait pu étendre le reproche à d'autres personnes encore. Elle l'a fait, son texte est précis. Nous croyons même qu'elle a eu raison de le faire, parce que, entre l'un des conjoints et les alliés de l'autre, il peut encore exister des rapports assez intimes pour rendre suspect leur témoignage.

Mais Toullier, t. 9, n° 289, qu'une seule idée préoccupe, le désir de ne pas voir rétablir au dix-neuvième siècle, un genre d'affinité dont le treizième siècle avait déjà fait justice, s'efforce de donner aux termes de la loi une interprétation que rien ne justifie. Par ces mots, *les parents et alliés des conjoints*, il entend les *parents* de l'un des conjoints non partie au procès qui sont *alliés* de l'autre conjoint partie au procès; et par là, il réussit à exclure de la disposition les alliés du conjoint de la partie qui néanmoins y sont clairement compris.

D'abord, si la loi n'avait entendu ranger au nombre des reprochables que les *parents* des conjoints de la partie, pourquoi cette expression amphibologique *parents et alliés* des parties ? Était-il nécessaire de dire que les *parents* de l'un des conjoints sont alliés de l'autre ? Fallait-il acheter l'expression d'une vérité si triviale au prix d'une obscurité ou d'un contre-sens ?

Mais d'ailleurs, pour adopter l'interprétation de Toullier, il faudrait que cette forme plurielle, *les conjoints*, pût s'entendre des deux époux, dont l'un est partie au procès et l'autre ne l'est pas ; en d'autres termes, des deux personnes qui sont *conjoints* l'une par rapport à l'autre. Or, il n'en est pas ainsi.

Pour ce qui concerne les parties elles-mêmes, la règle est contenue dans le 1er § de l'article : *les parents et alliés de* l'une *et de* l'autre *des parties*; inutile donc de parler d'elles une seconde fois dans le 2e § : *les parents et alliés des conjoints*, c'est-à-dire, *les parents et alliés des conjoints de l'une et de l'autre des parties*. Voilà pourquoi *conjoints* est au pluriel ; chaque partie peut en effet avoir le sien.

C'est donc sans fondement que Toullier a donné à la loi un sens que son texte repousse ; et ses efforts pour cela étaient d'autant plus inutiles qu'ils tendaient uniquement à sauver un principe qui n'est ni attaqué ni méconnu.

On aura, au surplus, remarqué que Carré, en posant ce même principe, semblait d'abord vouloir indiquer qu'il contenait le germe de la solution, et cependant, en adoptant, dans son second alinéa, celle que nous venons de donner nous-même, il reconnaît implicitement que le principe est étranger à la question. Boncenne, chap. 18, n° 356, paraît être tombé dans la même confusion que Toullier.]

1105. ***Ne peut-on reprocher les parents, tant du conjoint partie au procès, que ceux du conjoint qui n'y est point partie, qu'en ligne directe et au second degré en collatérale, si l'autre conjoint est mort sans enfants?***

Cette question, née de l'obscurité que présente la seconde disposition de l'art. 283, est résolue pour la négative par Toullier, t. 9, n° 289. Nous ne pouvons que nous en référer aux motifs qu'il développe à l'appui.

[Nous ne voyons encore aucune obscurité dans ce texte. Le § 1er de l'article épuise tout ce qui a rapport aux parents des parties. Le § 2 est exclusivement réservé aux parents ou alliés de leurs conjoints, c'est-à-dire aux personnes qui n'ont avec la partie d'autres rapports que ceux dont son conjoint est le lien. Les dépositions de ces derniers sont donc les seules dont l'admission ou le rejet puisse dépendre de l'existence ou du décès du conjoint. Car cette existence ou ce décès ne peuvent influer en aucune manière sur les rapports des autres.]

1106. ***La parenté ou alliance naturelle serait-elle une cause de reproche contre un témoin?*** — [Quid *de la parenté adoptive?*]

Nous avons dit, sur la 1056e *Quest.*, p. 671, que la prohibition d'entendre les parents et alliés en ligne directe légitime nous semblait, d'après un arrêt de la cour de cassation du 5 avril 1809, devoir être étendue aux parents et alliés en ligne directe naturelle, encore bien que l'enfant naturel qui produit ce lien n'eût pas été reconnu ; mais nous ne croyons pas

qu'il en soit ainsi relativement aux reproches que la loi autorise en ligne collatérale, parce que les enfants naturels n'entrent point dans la famille de leurs père et mère. Ce ne serait, tout au plus, que dans le cas où plusieurs enfants ayant été reconnus par les mêmes père et mère, seraient par cette raison frères ou sœurs, que l'un pourrait être reproché comme témoin dans l'affaire de l'autre.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 537, et Thomine, n° 333, estiment aussi que le reproche ne peut s'étendre qu'au degré de père, mère, frères et sœurs naturels ou descendants d'eux. Les articles 756 et suiv., C. civ., qui les appellent, dans certaines proportions, à recueillir la succession du père commun, justifient, ce nous semble, cette opinion, puisque par là des rapports même civils de parenté sont établis entre eux. (*V.* d'ailleurs la *Quest.* 1056.)

Quant à la parenté adoptive, elle n'existe également que jusqu'au degré de frère ou de sœur, d'après les art. 348, 350 et 351, C. civ.; d'où suit qu'à un degré plus éloigné, on la proposerait vainement comme cause de reproche. C'est ce qu'enseigne Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 537.

Boncenne, ch. 18, n° 355, partage aussi notre opinion sur tous ces points. Il ajoute, en se fondant sur un arrêt de la cour de cassation (Sirey, t. 9, p. 136), que le vice d'adultère ou d'inceste qui entacherait la naissance d'un enfant et qui le rendrait inhabile à réclamer aucun droit sur la succession des auteurs de ses jours, n'empêcherait pas le mari de sa mère de reprocher son témoignage. Nous pensons aussi que quoique ce vice soit légalement établi, la parenté qui en est la suite peut servir de fondement au reproche, puisqu'il en résulte un lien naturel très-positif et très-réel. Mais il est évident qu'on ne pourrait pas, afin de justifier un reproche, entreprendre de prouver une filiation ou des relations honteuses dont la loi prohibe la recherche.]

1107. ***La parenté réciproque des témoins est-elle un sujet de reproche?***

Les auteurs décidaient négativement cette question sous l'empire de l'ordonnance de 1667; il doit en être de même aujourd'hui, avec d'autant plus de raison que l'art. 283 ne parle que de la parenté ou de l'alliance des témoins avec une des parties, et non entre eux. (Brux., 25 mars 1806; Dalloz, t. 10, p. 311; Sirey, t. 13, p. 51, et t. 6, p. 125.)

[Cette solution, évidente d'ailleurs, se retrouve dans Berriat, n° 43, et Thomine, n° 333.]

[**1107** bis. ***Les témoins parents au degré prohibé des deux parties, ou seulement de la partie contre laquelle on les produit, peuvent-ils être reprochés?***

Pour la négative on a dit: « Le législateur, en permettant de reprocher les parents ou alliés de l'une ou de l'autre des parties, jusqu'au degré dont parle l'art. 283, a été mû par le motif qu'il serait à craindre que les liens du sang ou de l'affinité existant entre le témoin et l'une des parties, ne portassent le premier à déposer avec partialité dans l'intérêt de son parent; ce motif ne peut plus exister lorsque le témoin est tout à la fois parent ou allié des deux parties au même degré, puisque l'une et l'autre doivent lui inspirer un égal intérêt, et encore moins lorsqu'il est parent de la partie contre laquelle il dépose, puisque cet intérêt supposé doit le rendre plutôt favorable qu'hostile à cette partie, qui par conséquent serait mal venue à s'en plaindre. » Mais ce raisonnement n'est que spécieux et ne peut se soutenir devant la généralité des termes de l'art. 283, qui dit, sans aucune espèce de distinction, *parent ou allié de l'une des parties;* on conçoit que le législateur ait voulu éviter le scandale d'un témoin venant déposer contre l'un de ses parents en faveur d'un étranger ou d'un parent, ou bien cherchant à ménager également les deux parties aux dépens de la vérité. Aussi le système que nous combattons a-t-il été repoussé, dans le cas d'une parenté commune, par la cour de Brux., le 31 janv. 1829 (J. de B., 1829, 1re, p. 327), et dans celui de parenté avec l'adversaire du produisant, par les cours de Rennes, 6 janvier 1830 (Sirey, t. 30, p. 73), et de Riom, 8 février 1830. (Sirey, t. 33, p. 252.)]

[**1107** ter. ***Dans une instance engagée pour ou contre le syndic d'une faillite, et intéressant la masse, les parents des créanciers de la faillite sont-ils reprochables?***

L'affirmative a été jugée par la cour de Bruxelles, le 7 juillet 1830 (J. de B., 1830, 2e, p. 114); et la négative, par celle de Poitiers, le 30 déc. 1828.

La solution doit dépendre du point de savoir si, dans une pareille instance, les créanciers doivent être regardés comme parties. Par analogie de ce que nous avons dit sous la *Question* 1101 *quater*, nous croyons pouvoir décider que les créanciers ne sont point parties; quoique intéressés, en effet, ils ne sont pas en nom au procès; le syndic de la faillite n'est pas à proprement parler leur mandataire, il représente une sorte de corps moral, la masse de la faillite, et le corps seul est véritablement partie dans la cause; l'intérêt des créanciers pourrait donc les faire reprocher eux-mêmes, comme nous l'avons dit sous la *Quest.* 1101 *bis*, mais non pas leurs parents, alliés ni domestiques.]

1108. ***Si la partie est héritière ou donataire du témoin, celui-ci est-il reprochable?***

Nous avons dit, dans notre Analyse, *Ques-*

tion 982, que le reproche ne pouvait être admis que sauf à avoir tel égard que de raison à la déposition, dont on ne pourrait d'ailleurs empêcher la lecture. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 202, n° 320.) Mais d'après l'opinion que nous avons adoptée, n° 1001, nous rétractons cette première solution.

[On ne voit pas ici la même raison de dépendance qui fait rejeter la déposition, lorsque c'est le témoin qui est héritier ou donataire de la partie. Mais tout dépend des circonstances, que les juges seuls peuvent apprécier.]

1109. ***Peut-on reprocher le témoin chez lequel la partie aurait bu ou mangé en qualité de pensionnaire?***

Il est bien certain, d'après le texte de l'article 283, que l'on ne peut reprocher le témoin qui aurait bu ou mangé avec la partie, soit dans une maison d'ami, soit dans une autre maison tierce, même dans une auberge. Il suffit, en effet, pour que le reproche ne soit pas fondé, que le témoin n'ait pas bu ou mangé aux frais de la partie.

Mais on a élevé des doutes relativement au témoin chez lequel la partie a bu ou mangé en qualité de pensionnaire. On disait que ce témoin était reprochable, *attendu que celui qui prend un pensionnaire vit au moins pour partie aux dépens de ce pensionnaire.* Mais la cour de Paris, par arrêt du 10 mars 1809 (Dalloz, t. 27, p. 59; Sirey, t. 14, p. 433), et celle de Rennes, par arrêt du 14 juill. 1814, ont rejeté ce moyen, que les juges de première instance avaient adopté, et ont déclaré, en conséquence, que le témoin ne se trouvait pas dans le cas prévu par l'art. 283. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 203, n° 320.)

[Cette solution nous paraît juste : un arrêt de la cour de Bourges du 10 janvier 1831 (Sirey, t. 31, p. 248), excepte de la rigueur de cette disposition, le cas de nécessité où, obligés de séjourner longtemps dans la commune qui les produit pour assister à l'enquête, les témoins ont bu et mangé chez les habitants et à leurs frais. Mais d'ailleurs, les habitants ne devant pas être considérés comme parties, d'après ce que nous avons dit sous la *Quest.* 1101 *quater*, l'art. 283 ne serait point applicable à ce cas.]

1110. ***Est-on admis à récuser un témoin qui, sur la sommation de l'une des parties, a fait une déclaration extrajudiciaire sur quelque fait du procès?*** [***Quid des écrits émanés d'un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions?***]

Nous croyons que l'art. 283, en disposant que l'on pourra reprocher celui qui aura donné des certificats sur les faits *relatifs au procès*, n'a entendu parler que des certificats essentiellement volontaires, et non d'une déclaration qui aurait été donnée à la suite d'une sommation. Telle est aussi l'opinion de Coffinières. (*V. J. des Av.*, 1811, p. 343.) Et, en effet, il nous semble que c'est dans ce cas seulement que le reproche pourrait être fondé contre la personne appelée en témoignage, comme suspecte de partialité, attendu l'empressement qu'elle aurait mis à donner sa déclaration. Mais, lorsqu'elle est provoquée par une sommation qui, bien qu'elle soit extrajudiciaire, lui est faite par un officier ministériel, on ne peut attribuer à sa partialité une réponse qu'elle peut se croire tenue de donner par suite de cette sommation (1).

[A l'appui de cette opinion, que nous croyons juste, on peut invoquer deux arrêts, l'un de la cour d'Angers du 28 juin 1823 (Dalloz, t. 27, p. 64), qui déclare reprochables les témoins qui, avant le procès commencé, ont déposé des faits y relatifs devant un fonctionnaire public, volontairement et sans y être forcés par aucun acte extrajudiciaire; l'autre, de la cour de Poitiers du 6 juin 1828, qui dit que celui qui, sur la demande d'une partie, a fait passer à l'avoué de celle-ci, pour l'éclairer sur la cause, le récit des faits dont il avait connaissance, et a fait des demandes dans l'intérêt de cette même partie relativement à ce qui est l'objet du procès, ne peut plus être entendu comme témoin ; il s'est constitué l'agent d'affaires, le conseil de la partie, son écrit a plus d'importance qu'un simple certificat.

Ce dernier arrêt semble en opposition avec l'opinion de Toullier, rapportée à la note, et que nous croyons à l'abri de toute critique; mais comme il s'agissait d'une appréciation de fait, il serait téméraire de blâmer la décision de la cour, parce que tout, dans la cause, a pu la conduire à la conviction qui l'a décidée.

Quant à nous, nous pensons avec Carré que les certificats ne sont une cause de reproche que lorsqu'ils sont le fait spontané du témoin, le résultat de sa volonté pleinement libre. Voilà pourquoi nous croyons que la cour d'Amiens a bien jugé, le 22 novembre 1822 (Dalloz, t. 27, p. 62), en décidant que le fonctionnaire qui a délivré, en ce qui concerne le procès,

(1) On ne devrait pas encore, dit Toullier, t. 9, n° 306, regarder comme certificat ou moyen de reproche suffisant, la réponse faite par un témoin à une lettre où on lui eût demandé s'il avait connaissance des faits... Cette information, nécessaire pour ne pas appeler des témoins inutiles, n'a rien par elle-même qui puisse faire naître un soupçon raisonnable contre la véracité d'un témoin. (*V.*, au surplus, sur ce qu'on doit entendre par *certificat*, le même auteur, *ibid.*)

un extrait des registres dont il est dépositaire, ne peut être reproché sur le motif qu'il a donné un certificat; il n'a fait que remplir un devoir de sa charge, ce n'est point de sa part un acte de complaisance. Il en est de même de l'huissier qui, en notifiant un exploit, a constaté la réponse de la personne qui le recevait; il ne peut être reproché dans une enquête comme ayant donné des certificats sur des faits relatifs aux procès, encore moins pourrait-il l'être par cela seul qu'il a signifié les actes du procès; c'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour de Bordeaux du 12 juin 1837, enfin, la cour de Bruxelles, le 10 novembre 1825 (J. de B., 1826, 1re, p. 66), a porté la même décision à l'égard de l'avoué qui a obtenu le jugement en vertu duquel il est procédé à une expropriation forcée et de l'huissier qui a fait les actes de poursuites; ils peuvent être entendus dans l'instance relative à la validité de cette expropriation. Néanmoins l'avocat et l'avoué pourraient être reprochés, s'ils venaient dans une enquête en cause d'appel, déposer en faveur du plaideur qui, en première instance, aurait été leur client. (Brux., 27 juill. 1825; J. de B., 1825, 2e, p. 176.) Le principe d'après lequel on ne peut considérer comme cause de reproche que les écrits volontairement émanés de la partie est professé par Thomine, n° 333.

Il faut aussi consulter notre *Quest.* 1101 *ter*.]

1111. ***En serait-il de même d'une déclaration donnée par le témoin devant notaire, relativement aux faits sur lesquels il serait appelé à déposer?***

Par arrêt du 2 mess. an x, la cour de Rennes a décidé que le reproche résultant de la déclaration faite devant notaire n'était point au nombre de ceux qui étaient textuellement établis par l'ordonnance; qu'une telle déclaration, bien qu'elle ne pût établir une preuve juridique, ne pouvait être envisagée comme l'effet de la suggestion, mais d'une erreur dans le choix du mode de constater un fait.

On remarquera que le Code de procédure n'était point en vigueur à l'époque où cet arrêt a été rendu; que l'art. 283 contient une disposition qui ne distingue point entre les certificats donnés sous seing privé et ceux donnés par-devant notaire, que le témoin qui donne une déclaration notariée agit volontairement, à la différence de celui qui est sommé de s'expliquer, comme dans l'espèce de la précédente question.

Nous ne croyons donc pas, disions-nous dans notre Analyse, *Quest.* 985e, que l'arrêt de la cour de Rennes puisse faire règle aujourd'hui sur la question que nous avons posée, et notre opinion a été adoptée par Toullier, t. 9, n° 308.

[L'arrêt de la cour d'Angers du 28 juin 1823, cité sous le n° 1110, vient à l'appui de cette solution à laquelle nous donnons sans hésiter notre approbation.]

1112. ***Mais un certificat qui serait donné sur des faits qui seraient* RELATIFS *au procès, mais étrangers à ceux dont la preuve est ordonnée, opérerait-il une cause de reproche contre celui qui aurait donné ce certificat?***

« Le témoin, dit Hautefeuille, p. 158, qui a donné des certificats sur les faits *relatifs* au procès, peut être reproché, quand même il ne se serait pas expliqué sur les faits qui doivent être prouvés. »

On trouve dans Dalloz, t. 27, p. 58, un arrêt de la cour de Paris du 24 mai 1811, qui a décidé le contraire; et Coffinières remarque, à cette occasion, qu'en s'attachant à l'esprit plutôt qu'à la lettre de l'art. 283, on s'aperçoit que, pour que le reproche soit admissible, il faut qu'il y ait identité entre les faits constatés par le certificat du témoin et ceux sur lesquels il doit être interrogé.

Nous pensons néanmoins qu'outre la généralité des termes de l'art. 283, il y a une raison particulière pour adopter le sentiment de Hautefeuille : c'est que le témoin qui a donné à une partie un certificat sur des faits du procès, a déjà manifesté de l'intérêt pour cette partie. Cette faveur qu'il lui a accordée, et dans son intérêt, puisqu'elle l'a provoquée, fournit, de la part du témoin, une présomption de partialité qui a pu suffire pour que le législateur le déclarât reprochable.

[La décision de la cour de Paris nous semble préférable, car le certificat peut n'être qu'un acte de complaisance, et il ne lie d'ailleurs en aucune manière la foi du témoin, il ne l'engage à rien, puisqu'il ne parle point des faits sur lesquels il doit être interrogé; l'article 283 dit *les faits* et non pas *des* faits.]

1113. ***Peut-on reprocher, comme ayant donné un certificat sur* DES FAITS RELATIFS AU PROCÈS, *l'individu qui, en qualité de membre d'un conseil de famille, a concouru à une autorisation à l'effet d'intenter ce procès?***

On disait, pour l'affirmative, dans l'espèce de l'arrêt de la cour de Paris du 10 mars 1809 (Sirey, t. 14, p. 433; Dalloz, t. 27, p. 59), que l'individu dont il s'agit, ayant été d'avis que le procès fût intenté, avait manifesté cette opinion par écrit; qu'il avait donné un véritable certificat, d'après lequel il était intéressé au succès du procès, pour paraître ne point s'être trompé; mais l'arrêt précité a rejeté le reproche, par le motif qu'il n'était pas prévu par l'art. 283 (1).

(1) En effet, comme le remarque Toullier, t. 9, n° 307, il faut, pour qu'il puisse fonder un moyen de

[Il y a ici la même raison de décider que pour le conseiller municipal qui a donné son avis sur un procès à intenter par la commune. (*V.* la *Quest.* 1101 *ter, in fine.* Nous n'approuvons donc pas la solution de Carré.]

1114. ***Des témoins qui ont fait des déclarations en un procès-verbal d'experts nommés pour visiter des lieux, peuvent-ils être reprochés dans l'enquête qui se fait par suite de l'expertise ?***

Cette question s'est présentée dans une espèce où les experts avaient été autorisés à recevoir les déclarations des personnes qui leur seraient présentées, ou qui seraient appelées d'office. La cour d'Orléans l'a décidé négativement, par arrêt du 22 fév. 1811, cité par Hautefeuille, p. 157 (Dalloz, t. 27, p. 64), attendu que de telles déclarations ne pouvaient être assimilées aux certificats dont parle l'art. 283.

On sent que cette décision vient prêter un appui à la solution que nous avons donnée sur la 1110e *Quest.*

[Cette opinion est partagée par Berriat, titre *des Enquêtes,* note 46 : nous l'approuvons aussi, toujours par cette considération que de pareilles déclarations n'ont pas le caractère de spontanéité qui seul pourrait rendre le témoin suspect. On peut invoquer, dans le même sens, un arrêt de la cour de Bourges du 14 novembre 1826. (Sirey, t. 27, p. 137.) Thomine, enseigne, avec raison, que l'expert lui-même pourrait être entendu comme témoin sur un fait à l'occasion duquel il a donné son rapport. C'était l'avis de Jousse, sur l'art. 11 du tit. XXII de l'ordonnance.]

[**1114 bis.** ***Le notaire qui a reçu un acte, et les témoins qui l'ont signé, peuvent-ils, lorsqu'ils sont appelés à déposer sur des faits relatifs à cet acte, être reprochés comme ayant donné des certificats sur les faits du procès ?***

Le même principe doit toujours nous guider. Il n'y a rien de purement volontaire dans l'attestation que les témoins ont donnée en assistant à l'acte et en le signant; c'est un devoir légal qu'ils ont rempli. Aussi a-t-il été décidé que le reproche ne leur était point applicable, par quatre arrêts des cours de cassation, de Rennes, de Metz et de Bordeaux, déjà cités par nous au titre du *Faux incident civil,* sous la *Quest.* 926. Il faut se reporter à ce no 926, pour saisir tout l'ensemble de la question. Si nous avons décidé qu'on doit accepter le témoignage des témoins instrumentaires de l'acte, dans une enquête où il s'agit de prouver la fausseté de l'énonciation qu'il contient, à plus forte raison sera-t-il admissible dans toute autre circonstance où on ne demandera pas à ces témoins une déposition directement contraire à leur attestation écrite.

Par arrêt du 10 nov. 1825, la cour d'Amiens a décidé que le témoin instrumentaire d'un testament peut être entendu dans une enquête qui a pour objet de savoir si l'auteur de cet acte était sain d'esprit. On peut invoquer aussi un arrêt de la cour de Rennes du 18 avril 1816. (Dalloz, t. 12, p. 369.) Cet arrêt décide que les individus qui ont vu écrire ou signer un écrit dont la vérification est ordonnée, auquel ils n'ont aucun intérêt, et qui ont même signé avec la personne dont on méconnaît la signature, ne peuvent être reprochés.

Pour le notaire rédacteur, la question n'est pas plus douteuse; elle a été jugée dans le même sens par la cour de Bourges, le 30 mars 1831.

L'arrêt de la même cour du 6 juin 1825 (Sirey, t. 26, p. 154), qui déclare le notaire reprochable, mais non son clerc, n'est point, comme il le semblerait d'abord, en opposition avec le précédent; car il reconnaît, dans ses motifs, le même principe; mais il se termine par cette considération que, s'agissant dans l'espèce de constater l'état d'ivresse où se serait trouvée au moment du contrat, la partie qui sur ce fondement en demandait la nullité, c'est là un fait extrinsèque aux conventions retenues par le notaire, et que celui-ci avait d'ailleurs intérêt à ce que le fait fût reconnu faux.

Mais la cour de cassation a jugé, le 21 juillet 1820 (Dalloz, t. 2, p. 223), et le 1er mars 1822 (Dalloz, t. 20, p. 234 et t. 27, p. 98; Sirey, t. 22, p. 274), que les rédacteurs d'un procès-verbal faisant foi jusqu'à inscription de faux, par exemple les gardes forestiers, peuvent être entendus comme témoins sur les faits consignés ou non suffisamment désignés dans le procès-verbal.

Boncenne, ch. 18, adopte notre solution.]

1114 ter. ***Les juges de première instance peuvent-ils être appelés comme témoins dans une enquête ordonnée sur l'appel de leur jugement?***

Pour décider cette question nous croyons devoir distinguer:

Ou bien il s'agit de prouver des faits sur l'exactitude desquels la sentence dont est appel se prononce expressément ou implicitement : et nous pensons que dans ce cas l'admission du témoignage des juges serait contraire à tous les principes, puisqu'elle aurait pour effet possible de faire juger deux fois la même

---

reproche, que l'écrit qu'on présente comme certificat ait pour objet de s'assurer de la déposition du témoin, et qu'il ait été d'ailleurs volontairement délivré à la partie qui en fait usage.

cause, par l'opinion des mêmes magistrats;

Ou bien il s'agit de faits différents de ceux sur la vérité ou la fausseté desquels le jugement repose, de faits, par exemple, qui lui sont postérieurs, et alors nous ne verrons pas d'inconvénient à accueillir la déposition des premiers juges. C'est ainsi que la cour de Paris l'a décidé, le 17 juill. 1829 (Sirey, t. 29, p. 338), dans une espèce où l'on voulait faire constater l'altération commise depuis le jugement sur une pièce du procès.

Cet arrêt néanmoins ne nous paraît pas bien rendu; parce que, encore qu'il s'agît de parvenir à la constatation d'un fait postérieur au jugement, ce n'était pas directement sur ce fait que les juges devaient être interrogés, mais sur le point de savoir dans quel état se trouvait la pièce lorsqu'elle leur avait été soumise. On voit bien qu'ils rendaient témoignage sur un fait qui pouvait avoir servi de base à leur jugement. Dès lors, cette espèce ne rentrait point parfaitement dans la seconde branche de notre distinction.

On trouve dans la *Thémis*, t. 10, p. 275, une habile dissertation de Petit, juge au tribunal de la Seine, dans laquelle ce magistrat se prononce pour le rejet des témoignages, d'une manière absolue et sans distinction. Son principal motif est que ce témoignage du juge de première instance, quels que soient les faits sur lesquels il porte, doit nécessairement gêner le juge d'appel; cette considération ne nous paraît vraie et conséquemment applicable que dans le cas où il s'agit de faits déjà jugés par le témoin; à l'égard des autres faits, la déposition du juge de première instance ne peut avoir une influence plus grande sur l'esprit des magistrats supérieurs que la déposition de tout homme probe et consciencieux.

Petit ajoute qu'il y a un motif d'honneur et de bienséance pour que le juge ne rende pas témoignage dans un procès qu'il a jugé, comme l'avocat dans une affaire qu'il a dirigée. Mais l'avocat lui-même peut être entendu comme témoin, dans l'affaire de son client, sur des faits dont il aurait eu connaissance autrement que par les révélations du cabinet, ainsi qu'on l'a vu sous la *Quest.* 1037. Nous n'avons posé, à l'égard des juges, qu'une distinction analogue.

Nous approuvons un arrêt de la cour d'Amiens du 30 mars 1822, qui a décidé qu'on ne devait pas recevoir la déposition du président d'un tribunal de première instance, sur de prétendus aveux qui auraient été faits devant lui, par suite d'une demande en séparation de corps.

1115. *Qu'entend-on par le mot* DOMESTIQUE, *dont se sert l'art.* 283?

En matière de reproche, on entend par ce mot non-seulement les serviteurs à gages, mais encore ceux qui vivent à la même table, gratuitement ou à raison des services qu'ils rendent au maître de la maison, comme un clerc, un commis, etc.; en sorte que cette communauté suppose de la supériorité et de la dépendance de l'un à l'autre. (*V.* Toullier, t. 9, n° 314.)

Les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 186, placent les *pensionnaires* parmi les domestiques; mais nous avons vu, sur la 1109e *Quest.*, que le pensionnaire ne pouvait être reproché; et, en effet, le reproche fondé sur la domesticité dérive de la dépendance où se trouverait le témoin. Or, le pensionnaire est indépendant, dit Pigeau, t. 1, p. 203, n° 320, puisqu'il paye sa nourriture.

Cette distinction entre le serviteur et le domestique était établie par les anciens praticiens; et il est évident, d'après les termes de l'art. 283, qu'elle a été conservée, quoique, dans le langage ordinaire, ce mot *domestique* soit employé comme synonyme du mot *serviteur*. C'est, par exemple, dans l'acception vulgaire que nous nous en sommes servi en posant la 367e *Quest.* (*V.* Duparc-Poullain, t. 9, p. 396; le *Prat.*, t. 2, p. 186; Pigeau, *ubi suprà* (1).

[Inutile de faire observer avec Boncenne, chap. 18, n° 356, qu'en se servant de ces mots: *les serviteurs et domestiques*, l'art. 283 n'a pas entendu frapper d'exclusion absolue toute une classe de personnes. C'est là un reproche relatif et qui ne peut s'appliquer qu'aux *serviteurs* ou *domestiques de l'une des parties*, comme le fait bien comprendre l'art. 262, lorsqu'il exige que chaque témoin, avant de déposer, déclare *s'il est serviteur ou domestique de l'une des parties*.

Nous croyons devoir donner ici l'indication des diverses espèces dans lesquelles il a été décidé que le témoin placé dans telle ou

(1) Au reste, il est inutile d'insister sur ce point, puisque les tribunaux ayant, comme nous l'avons vu *suprà*, nos 1101 et 1102, le pouvoir d'admettre ou de rejeter, suivant les circonstances, les motifs généraux de reproches indiqués dans l'art. 283, on ne peut leur refuser la faculté d'étendre ou de resserrer, suivant les circonstances, l'acception du mot *domestique*. Un arrêt de Rennes du 1er août 1816 (Dalloz, t. 27, p. 65), a jugé que si la loi permet de reprocher les serviteurs et domestiques, elle laisse au juge la faculté d'admettre ou de rejeter, suivant les circonstances, les reproches proposés, [et que, lorsqu'il s'agit de soustraction, les domestiques doivent être entendus comme témoins nécessaires. Mais ils sont reprochables si leur maître les produit dans un procès qu'il a avec l'un d'entre eux, suivant un arrêt de la cour de cassation du 18 avril 1831. *V.* notre opinion, *suprà*, *Quest.* 1058.](*V.* Toullier, t. 9, n° 314.)

telle position devait ou non être rangé dans la classe des serviteurs ou domestiques.

§ 1er. Sont dans la classe des domestiques, et comme tels reprochables dans une enquête :

1° Le commis d'un marchand, les maîtres ouvriers de fabrique, et ceux qui ne reçoivent que le dîner pour salaire (Bruxelles, 16 juillet 1829; J. de B., 1829, 2e, p. 188);

2° Même le commis non salarié (même cour, 1er mai 1830; J. de B., 1830, 1re, p. 311);

3° Les éclusiers de canaux à l'égard de l'administration qui les emploie (Orléans, 7 mars 1821);

4° Les journaliers qui travaillent habituellement pour une partie (Brux., 29 avril 1830; J. de B., 1830, 1re, p. 441);

5° Le sergent de police et le garde champêtre d'une commune, dans un procès intéressant cette commune (Amiens, 26 novembre 1825);

6° Le jardinier loué à l'année (cass., 18 avril 1831), et en général ceux qui sont gagés pour les travaux de la campagne, comme ceux qui rendent des services à la personne du maître (cass., 8 fév. 1830; Sirey, t. 30, p. 99);

§ 2. Ne sont pas dans la classe des domestiques, ni comme tels reprochables dans une enquête :

1° Le commis d'un négociant (Bruxelles, 10 juill. 1834; J. de B., 1835, 2e, p. 57; Aix, 24 avril 1826; Sirey, t. 27, p. 86);

Ces décisions sont en opposition avec celles du § 1er, nos 1 et 2. Il est difficile de donner à cet égard une règle certaine, tout pouvant dépendre de la position particulière où se trouve le commis dans la maison du négociant.

2° Le garde particulier d'une partie (Besançon, 29 nov. 1827);

Ici, c'est le caractère de fonctionnaire public, attribué au garde, qui a frappé davantage les juges; dans les arrêts rapportés au § 1er, nos 3 et 5, c'est la sujétion dans laquelle il se trouve vis-à-vis de celui qui le paye. Nous préférons la décision de la cour de Besançon.

3° Celui qui a été précepteur dans une maison (Riom, 28 nov. 1828; Sirey, t. 29, p. 191). Les professions libérales excluent toute idée de domesticité.

4° Les cochers de fiacre, qui ne sont que des préposés de l'entrepreneur qui les emploie (cass., 30 déc. 1828; Sirey, t. 30, p. 111; Dalloz, t. 27, p. 62);

5° Le fermier ou colon partiaire (Amiens, 22 nov. 1822; Poitiers, 16 juin 1825, et Limoges, 8 mars 1838);

6° Celui qui ne travaille chez la partie qu'à la journée (Poitiers, 6 fév. 1833, et Metz, 30 avril 1825).

La décision de la cour de Bruxelles, contraire à celle-ci (*suprà*, § 1er, n° 4), est fondée sur ce que le témoin reproché travaillant *habituellement* à la journée chez la partie, cette habitude pouvait le faire considérer comme gagé.

7° Le clerc d'un notaire (Bourges, 6 juin 1825; Sirey, t. 26, p. 154), et, par conséquent, le secrétaire d'un avocat, et le clerc d'un avoué, d'un huissier; ce sont encore des professions en quelque sorte libérales. C'est l'avis de Thomine, n° 333.

8° Le tonnelier de l'une des parties (Colmar, 23 fév. 1824; Dalloz, t. 27, p. 67).]

1116. *Le reproche fondé sur l'état de domesticité n'est-il admissible qu'autant que le témoin se trouve actuellement au service de la partie?* [*Peut-il être reproché même par son maître?*]

Le reproche fondé sur l'état de domesticité ne nous paraît proposable et admissible qu'autant que le témoin est au service de la partie qui requiert son audition, *actuellement*, c'est-à-dire au temps de l'enquête, ou bien encore, lorsqu'il n'a quitté ce service que depuis le jugement qui a ordonné l'enquête, et qu'il y a lieu de croire que sa sortie a été convenue avec le maître pour qu'il pût être entendu en témoignage, sa sortie n'étant que feinte.

Mais le reproche ne doit pas être admis si le témoin a cessé d'être au service de la partie en qualité de domestique, longtemps avant le jugement interlocutoire.

Si c'était peu de temps avant, et qu'il y eût quelque motif de le suspecter, il faudrait, tout en écartant le reproche, réserver d'avoir, en jugeant, tel égard que de raison à sa déposition. Cette espèce de reproche a pour fondement l'état de dépendance du témoin domestique; la dépendance cessant par sa sortie, le reproche tombe.

La rédaction des art. 262 et 283 du Code de procédure, suppose bien qu'il s'agit du témoin *actuellement* au service de la partie.

Conformément à ces observations, un jugement du tribunal de Rennes (2e chambre), rendu le 1er août 1817, a rejeté le reproche qui avait été proposé contre un témoignage d'une personne qui se trouvait au service de l'une des parties à l'époque de l'événement, sujet du procès, mais qui avait quitté le service deux ou trois mois avant le jugement d'appointement à faire preuve. Ce témoin, d'ailleurs, avait paru de la plus grande impartialité dans sa déposition, ce qui contribua encore à faire écarter le reproche : mais nous pensons qu'indépendamment de cette considération particulière, le tribunal n'en aurait pas moins bien jugé.

[Cette opinion, que nous trouvons fort juste, est partagée par Thomine, n° 333; Boncenne, chap. 18, n° 356, et confirmée par deux arrêts, l'un de la cour de Bruxelles, 9 nov. 1818 (J.

de B., 1818, 2e, p. 145); l'autre de la cour de Bourges, 30 novembre 1830. (Sirey, t. 31, p. 164.)

Conformément à ce que nous avons dit sur la *Quest.* 1107 *bis*, à propos de la parenté, la qualité de domestique de l'une des parties n'en serait pas moins une cause de reproche, quand même le témoin serait produit contre la partie au service de laquelle il se trouve; l'art. 283 est général, et il ne partage pas, pour le témoin qui se trouve dans la dépendance de l'un des plaideurs, la confiance que lui aurait témoignée sa partie adverse en l'assignant; Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 538, n'hésite pas à le décider ainsi.]

1117. *Le témoin mis en accusation demeure-t-il reprochable, s'il vient à être acquitté avant le jugement du procès dans lequel il a déposé?*

Non, sans doute, puisque son absolution a fait cesser l'état d'accusation qui avait été la cause du reproche. Ainsi le reproche ne serait pas admis, si le témoin avait été acquitté avant le jugement à rendre sur ce reproche; et si ce jugement, rendu lorsque le témoin était encore accusé, avait admis le reproche, la partie intéressée aurait droit de demander la lecture de la déposition, en justifiant, soit de l'ordonnance d'acquit du président de la cour d'assises, soit de l'arrêt d'absolution de la cour spéciale. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 204, n° 320.)

[Nous partageons ce sentiment qui est aussi celui de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 530, et de Boncenne, t. 4, p. 376; le premier de ces auteurs enseigne que si la déposition paraissait avoir de l'importance, on pourrait demander le sursis jusqu'après le jugement.]

1118. *Est-il nécessaire de reprocher un individu condamné à une peine emportant mort civile?*

Non, car l'art. 25 du Code civil porte qu'un tel individu ne peut être admis à porter témoignage en justice; et, d'un autre côté, l'art. 28 du Code pénal ne l'admet pas à déposer, même pour donner de simples renseignements, puisqu'il ne parle que des condamnés à la peine des travaux forcés à temps, du bannissement, de la reclusion ou du carcan. (*V.* la 746e *Question, in fine.*)

[Point de doute sur cette solution; toutefois le témoignage de cet individu ne suffira pas pour vicier la procédure, si nulle partie ne s'en est plainte. Nous n'adoptons pas l'opinion de Boncenne, chap. 18, n° 349, d'après laquelle ce genre d'incapacité étant absolu ne peut être couvert par les parties, et doit être suppléé par les juges.]

1119. *Les condamnés à une peine afflictive ou infamante, ou à une peine correctionnelle pour cause de vol, peuvent-ils être reprochés, quoiqu'ils ne soient admis à rendre témoignage que pour donner de simples renseignements ou déclarations?*

Oui sans donte; car ces simples renseignements ou déclarations pourraient faire impression sur l'esprit du juge : d'où suit que la partie intéressée doit avoir le droit de reprocher ces condamnés; s'il en était autrement, la loi serait moins sévère à l'égard de ces individus, déjà notés de suspicion par un jugement solennel, qu'elle ne l'est à l'égard de tout autre particulier désigné en l'art. 283. (*V.* C. pén., art. 28 et 42.)

Toute la différence qu'il y a entre ces individus et d'autres personnes appelées en témoignage, c'est que, s'ils ne sont pas reprochés, le juge-commissaire ne pourra recevoir leurs déclarations que comme de simples renseignements, et *sans exiger leur serment* (*V.* Bourguignon, sur l'art. 71, C. crim., p. 110); c'est que le tribunal, dans le cas même où la déclaration aurait été assermentée, ne la considérera point comme déposition ; c'est qu'il en sera de même de la déclaration de l'individu qui ne serait pas reprochable, parce qu'il n'aurait pas été condamné correctionnellement pour vol, mais pour tout autre délit (1).

[Nous sommes de l'avis de Carré.]

1120. *L'individu qui a été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou à une peine correctionnelle pour simple vol, est-il* A JAMAIS *reprochable?*

Un arrêt de la cour de Colmar du 6 août 1814 (Sirey, t. 15, p. 20, et Dalloz, t. 27, p. 71) (2), a décidé cette question pour l'affirmative, au sujet d'une personne qui avait été anciennement condamnée pour vol, et qui n'avait pas été réhabilitée. Nous croyons cette décision bien fondée, parce qu'en effet la réha-

(1) Ceci suppose que les individus condamnés correctionnellement auraient été interdits du droit de porter témoignage en justice, conformément à la faculté que la loi accorde au juge correctionnel par l'art. 42 du Code pénal; autrement, on devrait recevoir leurs déclarations en forme de déposition, et comme celle de tout autre citoyen, à la différence des condamnés à une peine afflictive ou infamante, dont l'interdiction n'a pas besoin d'être prononcée, parce qu'elle est la suite nécessaire des peines de cette nature. (C. pén., art. 28. — *V.* les *Quest.* suiv.)

(2) Il est à remarquer que cette décision a été rendue dans l'espèce d'une condamnation prononcée en pays étranger. Et en effet, peu importe, pour que le reproche soit fondé, de quelle autorité soit émanée la condamnation; le condamné n'en a pas moins une tache d'infamie, qui, dans tous les cas, doit le rendre suspect; car la décision qui l'a frappé est toujours celle de la justice.

bilitation seule peut, aux termes de l'art. 633 du Code d'instruction, faire cesser, pour l'avenir, dans la personne du condamné à une peine afflictive et infamante, les incapacités résultant de cette condamnation.

Mais le condamné pour vol par voie de police correctionnelle n'ayant pas besoin d'être réhabilité, sera donc à jamais reprochable pour cette cause? Celui qui aura été jugé coupable d'un délit sera donc plus rigoureusement traité que l'individu qui aurait été condamné pour crime?

Nous répondons que cette contradiction n'existe point, parce que l'art. 401 du Code pénal dispose que les condamnés pour vol par la police correctionnelle ne pourront être interdits des droits mentionnés en l'art. 42, que pendant cinq ans au moins, et dix ans au plus, à compter du jour où ils auront subi leur peine.

Ainsi le condamné pour vol par voie de police correctionnelle se trouve, à l'expiration du délai fixé par son jugement, et relativement au droit de porter témoignage en justice, dans la même classe que le condamné pour crime qui aurait été réhabilité.

Quant au condamné qui n'aurait pas été interdit de la sorte du droit de porter témoignage, attendu que l'art. 401 est limitatif, nous estimons qu'il cesse d'être *reprochable* dans le sens de la loi, et qu'on ne peut opposer sa condamnation que comme un moyen pour atténuer sa déposition, moyen qui rentre dans la classe de ceux dont nous avons parlé sur la 1101e *Question*.

C'est ainsi que les art. 633, C. crim., et 401, C. pén., ont modifié, suivant nous, la disposition de l'art. 283, C. proc., qui ne fixe aucun terme passé lequel un condamné à une peine afflictive ou infamante, ou à une peine correctionnelle pour vol, puisse cesser d'être reproché (1).

[Nous ne croyons pas devoir adhérer à l'opinion de Carré. La tache imprimée pour condamnation pour vol est ineffaçable, dans ce sens que nul ne peut déterminer *à priori* à compter de quelle époque l'oubli devra en être commandé.

Il n'est pas vrai qu'en décidant ainsi on traite plus rigoureusement l'individu condamné à une peine correctionnelle que celui qui a subi une peine afflictive et infamante et qui a été réhabilité depuis, car tout ce que la réhabilitation rend à ce dernier, c'est la capacité de porter témoignage en justice, capacité que l'autre n'avait jamais perdue; mais elle ne le met point à l'abri du reproche que la partie est toujours libre de soulever contre lui. Nous ne voyons pas sur quel texte Carré a pu se fonder pour décider le contraire, comme il le fait dans la note ci-dessous. Ainsi les deux individus dont nous parlons seront placés dans la même catégorie, et il n'en résultera aucune injustice.

Notre opinion est partagée par Favard, v° *Enquête*, t. 2, p. 367, n° 13; Boncenne, n° 380, et Dalloz, t. 27, p. 55, n° 7. Ce dernier auteur n'adopte cet avis que parce qu'il reconnaît au juge le droit d'admettre ou de rejeter le reproche; nous ne reconnaissons pas ce pouvoir au juge. (V. *suprà*, *Quest.* 1102.) Pigeau, *Commentaire* sur l'art. 283, note 12, n'a pas nettement distingué l'incapacité de porter témoignage qui résulte de l'interdiction des droits civils directement prononcée par les tribunaux en vertu de l'art. 42, C. pén., d'avec la faculté d'élever un reproche contre celui qui a subi une condamnation ordinaire; cependant il fait observer, que, dans le premier cas, le condamné n'est plus reprochable après l'expiration du délai fixé par le jugement, ce qui porte à croire que Pigeau pense autrement à l'égard de celui qui a subi une condamnation pour vol.]

Art. 284. Le témoin reproché sera entendu dans sa déposition.

Tarif, 92, 168.

[**1120 bis.** ***Le témoin reproché pourrait-il s'abstenir?***

Non, s'il n'est point dans la classe de ceux

(1) On peut, à la vérité, objecter qu'autre chose est un reproche, autre chose une interdiction prononcée par la loi ou en vertu de la loi pénale.

Nous répondrons que les lois doivent s'entendre de manière à ce qu'elles ne présentent aucune contradiction dans leurs effets. Or, il impliquerait qu'un homme que la loi a réintégré, par l'effet de la réhabilitation, dans l'exercice de tous ses droits, et dont elle a totalement effacé la tache, pût en souffrir une impression nouvelle par suite d'un reproche sur lequel la justice aurait à prononcer, et qui perpétuerait le souvenir d'un égarement dont l'oubli a été acheté par la peine qu'il a subie, et par une longue suite de bonnes actions.

Ce que nous disons du condamné réhabilité, nous sommes, à plus forte raison, fondé à le dire d'un condamné par simple voie de police correctionnelle. Le terme de sa condamnation est celui de toute incapacité qui pourrait en résulter. Quelle raison donnerait-on pour établir qu'il fût *à jamais* reprochable comme témoin? On le placerait dans une condition plus dure que celle du condamné à une peine afflictive ou infamante, s'il pouvait être reproché perpétuellement, puisque celui-ci n'est pas reprochable lorsqu'il est réhabilité.

Nous pouvons nous tromper; mais les contradictions qui nous paraissent résulter de l'opinion contraire à celle que nous venons d'émettre, sont tellement frappantes à nos yeux, que nous ne saurions nous déterminer autrement, par les raisons que l'on pourrait apporter pour les combattre.

dont la loi prohibe l'audition, ou qu'elle oblige au secret. La cour de Paris l'a ainsi jugé le 31 janv. 1811 (Dalloz, t. 12, p. 564; Sirey, t. 14, p. 215), par arrêt que Berriat approuve, tit. *des Enquêtes,* note 48.]

[1120 ter. *L'art.* 284 *est-il applicable aux enquêtes en matière sommaire?*

Le motif de la disposition de cet article est que, le juge-commissaire n'étant pas appréciateur du mérite des reproches, il ne peut, de sa pleine autorité, rejeter la déposition. Si plus tard le tribunal déclare le reproche mal fondé, à quoi servirait cette décision si la déposition n'avait pas été recueillie? Si, au contraire, il l'admet, la déposition ne sera point lue, aux termes de l'art. 291.

Mais on voit bien que ce motif n'existe plus lorsqu'il s'agit d'une enquête en matière sommaire, laquelle a lieu devant le tribunal assemblé. Là le reproche peut et doit être jugé à l'instant même où on le propose. S'il est admis, il devient inutile, il serait même dangereux d'entendre la déposition, parce qu'elle pourrait exercer une certaine influence, malgré la validité du reproche. C'est ce qu'a jugé la cour de cass. par arrêt du 3 juillet 1820 (Dalloz, t. 27, p. 58; Sirey, t. 21, p. 107), et par un autre rapporté dans Sirey-Devilleneuve, t. 35, 1re, p. 611, et qu'approuve Boncenne, n° 360, à la note. Néanmoins, si le tribunal agissait autrement, et écoutait la déposition avant de statuer sur les reproches, il n'y aurait pas nullité de son jugement, cette peine n'étant prononcée par aucune loi, surtout si le jugement définitif déclarait les reproches sans fondement, comme l'a décidé la cour de cass., le 29 juin 1831 (Sirey, t. 31, p. 308), contrairement à un arrêt de la cour de Rennes du 18 avril 1816. (Dalloz, t. 12, p. 569.) Ce dernier arrêt nous paraît avoir méconnu la disposition de l'art. 288, C. proc.; nous préférons le sentiment de la cour de cassation : l'inconvénient de laisser impressionner les juges par une déposition qui sera peut-être rejetée, n'est pas assez grave pour entraîner la nullité, puisqu'il est des cas où cet inconvénient est inévitable, et où il faut absolument entendre le témoin à l'audience, avant de juger le reproche. C'est lorsque l'enquête a lieu dans une cause sujette à l'appel (1). Il est évident que si les juges de première instance admettaient le reproche et ne recueillaient pas la déposition, l'infirmation qui pourrait avoir lieu en appel de leur jugement sur les reproches deviendrait sans objet, puisque la déposition n'aurait pas été faite et que bien souvent on ne pourrait suppléer à cette omission. D'ailleurs, l'art. 411, C. proc., nous paraît ne pas laisser de doute sur l'exactitude de cette solution, ainsi que l'ont reconnu les cours de Metz, 30 avril 1825, et de Brux., 16 juin 1832. (J. de B., 1832, 1re, p. 310.) Ce dernier arrêt est surtout bien motivé, et nous n'approuvons pas les observations critiques dont l'a accompagné notre honorable confrère Me Billequin, en le rapportant dans le *Journal des Avoués* (2).]

Art. 285. Pourront les individus âgés de moins de quinze ans révolus être entendus, sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison.

Tarif, 168. — [Cod. d'inst. crim., art. 79.— Cod. de proc., art. 413.]

CCXXXVII. La loi a dû autoriser à appeler les enfants à déposer en justice, comme elle l'a fait à l'égard des femmes, quoique les uns et les autres ne puissent figurer comme témoins dans un acte public. C'est qu'il ne s'agit point, dans les enquêtes, de remplir une sorte de fonction publique, et que les parties à la requête desquelles elles ont lieu, n'ont pas été libres de choisir les témoins devant lesquels se sont passés les faits qu'il s'agit de prouver. Mais, en admettant le témoignage des enfants, la loi veut que le juge prenne en considération la faiblesse de leur âge, et qu'il n'ajoute à leur déposition que le degré de confiance qu'elle paraîtrait mériter.

1121. *Les individus âgés de moins de quinze ans doivent-ils être dispensés de la prestation de serment prescrite par l'art.* 262?

Plusieurs cours d'appel, dans leurs observations sur le projet du Code, avaient demandé que cette dispense fût expressément prononcée. « Nous convenons, disait celle de Turin, que l'on peut entendre les impubères; mais il faut ajouter, *sans cependant les soumettre au serment;* un acte de cette importance est trop grave pour leur âge. » C'est par ces motifs que le Code d'instruction dispose (art. 79) que les enfants de cet âge ne seront entendus que *par forme de déclaration*, et *sans prestation de serment.*

Quelque argument que l'on puisse tirer de cette disposition, nous ne pensons pas que l'on puisse, en matière civile, dispenser du serment les enfants dont il s'agit. Il faut remarquer, en effet, que le Code de procédure les admet, non pas seulement, comme en matière criminelle, à faire de simples déclarations qui sup-

(1) [* Br., 24 mai 1816; *Pasicr. belge,* à cette date.]

(2) [* Elles seront rapportées dans la *Pasicrisie*.]

posent la dispense du serment (*V.* Bourguignon, sur l'art. 71, C. crim., p. 110), mais *à déposer;* or, toute *déposition* doit être assermentée, d'après l'art. 262.

[Pigeau, *Comm.* sur l'art. 285, note 1; Thomine n° 336, et Boncenne, n° 340, à la note, et p. 376, décident, au contraire, qu'on ne doit pas exiger le serment : ils se fondent sur la solennité de cet acte, dont la portée morale ne saurait être comprise par l'individu âgé de moins de quinze ans, ce sur la parité de raison qui existe entre le cas d'une enquête au civil et celui de l'art. 79, C. crim., puisque la loi ne suppose pas ces individus toujours capables de remarquer et de rapporter des faits matériels et sensibles, ce qu'elle exprime en recommandant aux juges d'avoir à leur déposition tel égard que de raison. Comment, peut-on ajouter dans ce système, la loi exigerait-elle d'eux une garantie comme celle du serment pour l'appréciation de laquelle il faut avoir déjà un jugement exercé et une connaissance presque approfondie des lois morales qui régissent l'humanité? Ne serait-ce point une véritable profanation de cet acte religieux, puisque, fût-il prêté, il ne pourrait, en certains cas, rien ajouter à la confiance des juges pour la déposition du témoin?

Cependant Favard, v° *Enquête,* t. 2, p. 368, n° 14, embrasse, sans hésiter, l'opinion de Carré. Il s'appuie comme lui sur la différence qu'il croit apercevoir entre l'art. 79, C. crim., qui ne permet de demander que de *simples renseignements* aux individus âgés de moins de quinze ans, et l'art. 285, C. proc., qui appelle leurs témoignages des *dépositions.* N'est-ce point là une différence de mots, et, au fond, la chose n'est-elle point la même? Et la preuve que l'art. 285 n'attache pas plus d'importance que l'art. 79 aux renseignements tirés du témoignage des enfants, ne résulte-t-elle pas de la restriction par laquelle se termine le premier de ces articles, *sauf à avoir,* etc.?

Boitard, t. 1, p. 417, exprime des doutes sur la question; il ajoute qu'il pencherait volontiers pour l'opinion de Pigeau et de Thomine, mais il conseille, comme plus prudent, d'exiger le serment. Cependant il décide qu'il n'y aurait pas nullité si l'on n'avait pas suivi ce conseil.

La cour de Bruxelles est tellement persuadée qu'un pareil serment est inutile et de plus étranger aux intentions de la loi, qu'elle s'est demandé s'il n'y a point nullité lorsque le serment a eu lieu, et par ce seul fait. Elle a décidé la négative par son arrêt du 19 fév. 1836. (J. de B., 1836, 1re, p. 175.) En effet, *quod abundat non vitiat,* et, en supposant que cet acte ne fût pas exigé, cependant la loi n'ayant prononcé nulle part une semblable nullité, les tribunaux ne pourraient pas suppléer cette peine.

Quant à nous, une distinction nous paraît nécessaire, et les limites de cette distinction doivent être laissées à l'arbitrage du juge. Exiger un serment d'un enfant de cinq ans, serait évidemment profaner un acte qui, surtout dans l'enfance, se rattache essentiellement aux idées religieuses. Mais lorsqu'un enfant a passé l'âge où on a pu l'initier aux mystères de la religion, et où on lui a fait comprendre toute la portée d'un serment, pourquoi ne pas le lui faire prêter?

Ce sera donc au magistrat à apprécier le degré d'intelligence du témoin. Dans tous les cas, il n'y aura jamais nullité.]

1122. ***Est-il, au-dessous de quinze ans révolus, un âge auquel on ne puisse recevoir la déposition d'un enfant?***

L'art. 285, en disant que les individus âgés de moins de quinze ans révolus pourront être entendus, n'a point déterminé jusqu'à quel âge au-dessous de quinze ans cette faculté pourra être exercée. Nous pensons qu'il faudrait s'arrêter à l'époque où la faiblesse de l'âge est exclusive de l'intelligence nécessaire pour avoir pu remarquer les faits ou entendre les discours dont il s'agirait de déposer; mais, comme le commencement de cette intelligence varie dans les individus, et se manifeste plus tôt ou plus tard, c'est au juge-commissaire à référer au tribunal sur la question de décider s'il y a lieu d'entendre ou non l'enfant qui serait appelé en témoignage.

[Pourquoi le juge-commissaire n'aurait-il pas le pouvoir de décider lui-même une question d'appréciation si aisée?]

1123. ***Si le témoin âgé de moins de quinze ans ne comparaissait pas, pourrait-on le condamner aux peines prononcées contre le témoin défaillant, par les art. 263 et 264?***

Il faut répondre que non, dit Delaporte, t. 1, p. 281. Mais, selon lui, les père et mère ou tuteur de l'enfant pourraient subir les condamnations dont il s'agit, si, sous cette peine, le juge leur avait ordonné de l'amener.

Les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.,* t. 2, p. 232, émettent la même opinion.

Nous croyons aussi que des condamnations peuvent être prononcées contre les individus sous l'autorité desquels le mineur serait placé, si *le tribunal,* sur le référé du juge-commissaire, leur avait intimé l'ordre d'amener le témoin. Mais, dans le cas où la partie n'eût pas provoqué l'intervention du tribunal à ce sujet, et se fût contentée d'assigner l'enfant, nous croirions, contre l'opinion de Delaporte, qu'il devrait être condamné comme tout autre témoin défaillant.

En effet, le refus d'obéir à la justice peut

être assimilé à un délit, et les peines d'amende prononcées par les art. 263 et 264, à une peine correctionnelle. Ces articles ne font aucune exception parmi les témoins, et l'art. 285 appelant les enfants au-dessous de quinze ans à déposer, nous pensons qu'ils peuvent être personnellement condamnés à l'amende, et même frappés d'un mandat d'amener.

Mais l'art. 263 prononce une amende de 10 fr. au profit de la partie, à titre de dommages-intérêts : cette amende est donc l'objet d'une condamnation purement civile. Le même article veut aussi que le témoin défaillant soit condamné aux frais de la réassignation. C'est de ces deux condamnations seulement que nous pensons que les père et mère ou tuteur du témoin défaillant seraient civilement responsables, d'après l'art. 1384 du Code civil, sauf l'exception portée au dernier paragraphe de cet article, c'est-à-dire, s'ils justifiaient qu'ils n'ont pu empêcher le défaut de l'enfant appelé en témoignage.

Quant à l'autre amende, fixée par les art. 263 et 264, nous ne pensons pas que les père et mère ou tuteur puissent en être tenus; elle nous paraît être la peine attachée, dans l'intérêt public, à la désobéissance, et une peine de cette nature ne peut tomber que sur le coupable.

[Favard, v° *Enquête*, t. 2, p. 368, n° 14, exprime textuellement la même opinion. Mais Thomine, n° 336, pense que les condamnations de toute espèce ne peuvent tomber que sur les père et mère ou tuteur de l'enfant, parce que c'est à eux, dans tous les cas, et non à lui, que l'assignation doit être donnée pour l'amener devant le juge-commissaire. Nous préférons le sentiment de Carré.]

ART. 286. Le délai pour faire enquête étant expiré, la partie la plus diligente fera signifier à avoué copie des procès-verbaux, et poursuivra l'audience sur un simple acte.

Tarif, 170. — Tar. rais., nos 215 et 216. — Ordonn. de 1667, tit. XXII, art. 27. — C. de pr., art. 82. — (*Voy.* FORMULE 252.)

1124. *La partie la plus diligente peut-elle suivre l'audience aussitôt que son enquête est parachevée, et en la faisant signifier?*

Il ne suffit pas, pour qu'une partie puisse suivre l'audience, que son enquête soit terminée ; il faut encore que celle de sa partie adverse le soit également. En d'autres termes, ce n'est qu'après la clôture de l'enquête directe et de la contre-enquête, que la partie la plus diligente peut suivre l'audience.

[Cette solution ne peut être contestée.]

1125. *L'art. 286, disant que la partie la plus diligente fera signifier copie des procès-verbaux, suppose-t-il qu'elle devra notifier, non-seulement le procès-verbal de son enquête, mais encore celui de sa partie adverse?*

Les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 233, estiment qu'il est au pouvoir de la partie la plus diligente, soit de ne signifier que la copie du procès-verbal de son enquête, attendu que personne n'est tenu de fournir des titres contre soi-même, soit de signifier les procès-verbaux de l'enquête de l'adversaire, attendu que le procès-verbal de son enquête est un acte *commun entre les deux parties.*

« Lors donc, ajoutent ces auteurs, que l'article 286 dit que la partie la plus diligente *fera* signifier copie *des procès-verbaux*, cela ne peut s'entendre que du cas où cette partie croirait pouvoir tirer avantage du procès-verbal même de son adversaire. »

Thomine, n° 337, maintient, au contraire, que la partie la plus diligente est non-seulement autorisée à signifier l'enquête de sa partie adverse, mais qu'il paraît qu'elle *doit la faire signifier*, quand même elle ne voudrait pas en faire usage. « Le Code, dit cet estimable auteur, nous indique que le tribunal qui a ordonné une preuve ou une expertise, ne doit juger que sur le vu des rapports ; il n'y a que lorsqu'il s'agit d'interrogatoire sur faits et articles qu'il laisse la partie poursuivante maîtresse de ne le pas produire. (Art. 286, 299, 321 et 335.) »

Même opinion de la part de Demiau, p. 215, et de Lepage, dans ses *Questions*, p. 200.

Mais Delaporte, t. 1, p. 282, dit qu'il ne suit pas des expressions de l'art. 286 que la partie la plus diligente doive signifier les deux enquêtes ; la loi, selon cet auteur, dit *les procès-verbaux*, parce que l'enquête a pu occuper plusieurs séances, et donner lieu ainsi à plusieurs procès-verbaux.

Nous sommes loin d'accorder la préférence à cette opinion ; car il nous paraît certain qu'il n'y a qu'un procès-verbal pour chaque enquête. C'est ce que prouve l'art. 267 et ce que nous avons dit en son commentaire.

Nous partageons donc l'opinion de Thomine et des auteurs que nous avons précédemment cités. Elle nous paraît fondée sur le texte de l'art. 286, sur celui de l'art. 70 du Tarif, et enfin sur le principe que la partie qui poursuit un jugement doit produire au juge toutes les pièces qui peuvent lui fournir les éléments de la décision; et, par exemple, ne pourrait-il pas arriver que le défendeur à l'action laissât défaut, après avoir fait procéder à sa contre-enquête? Le tribunal ne pourrait prononcer qu'après avoir vérifié la demande et l'avoir trouvée juste. (Art. 150.) N'est-il pas néces-

saire, à cet effet, que l'enquête et la contre-enquête lui soient fournies, et n'est-ce pas la partie poursuivante qui doit lui servir l'une et l'autre?

Mais nous dirons avec Thomine, n° 337, que si la partie voulait opposer la nullité de l'enquête de son adversaire, elle devrait le faire en même temps qu'elle signifierait les procès-verbaux, afin qu'on ne pût lui opposer cette signification comme un acquiescement.

[Favard, v° *Enquête,* t. 2, p. 369, § 5, n° 1; Dalloz, t. 12, p. 567, n°s 1 et 2; Thomine, n° 337, et Boitard, t. 1, p. 418, enseignent aussi que la partie la plus diligente, qui veut poursuivre l'audience, doit signifier à la fois les deux enquêtes. Nous pensons, au contraire, avec Pigeau, *Comm.* sur l'art. 286, note 2, que la disposition de l'art. 286 introduit à cet égard une faculté et non un droit; que, par conséquent le poursuivant peut demander jugement sans avoir signifié ni l'une ni l'autre des deux enquêtes (sur ce point, les auteurs précités seraient d'accord avec nous), mais de plus qu'il peut signifier la sienne sans avoir besoin d'y joindre copie de celle de son adversaire, sauf à celui-ci à la produire si tel est son intérêt. Tout ce que l'art. 286 a voulu dire en parlant des procès-verbaux, *au pluriel,* c'est que, si le poursuivant est dans l'intention de tirer parti de l'enquête faite contre lui, il pourra s'en servir et la produire sans être obligé d'attendre que l'adversaire la lui signifie, signification que ce dernier ne manquerait pas de retarder indéfiniment, s'il en redoutait les résultats.

Première objection, présentée par Thomine : *le Code nous indique que le tribunal qui a ordonné une preuve ou une expertise ne doit juger que sur le vu des enquêtes ou des rapports.* Nous n'avons vu cette nécessité nulle part. Pourquoi ne serait-il pas permis à l'une des parties ou à toutes deux de renoncer à l'utilité d'une preuve qu'elles ont d'abord offerte? Dans le cas même où la preuve est ordonnée d'office, la partie à qui elle incombe ne s'expose, en la négligeant, qu'aux inductions défavorables que le tribunal pourra tirer de son refus, comme on l'a vu sous la *Quest.* 977. Mais elle n'est pas obligée, à perte de cause, d'y faire procéder. Voilà pourquoi les jugements interlocutoires renferment toujours cette disposition, qui serait une violation de la loi, si la maxime de Thomine était vraie : *pour, sur cette preuve rapportée ou faute de ce faire, être statué ce qu'il appartiendra.* Les tribunaux peuvent donc, après avoir ordonné une enquête, juger comme ils l'entendent sans qu'elle leur soit représentée.

Seconde objection : *les juges ne seront pas assez éclairés si une seule des enquêtes est produite devant eux, et, en cas de défaut de l'autre partie, comment pourront-ils examiner la justice de la demande, comme l'article* 150 *du Code de proc. leur en fait un devoir, puisqu'ils n'auront pas sous les yeux tous les éléments de décision?* Nous répondons : *actore non probante reus absolvitur.* Si c'est le défendeur qui poursuit l'audience, sa contre-enquête à la main, et que l'enquête du demandeur n'ait pas été signifiée, c'est la faute de celui-ci, car c'est à lui qu'il appartient de justifier sa demande. Dans le cas inverse, comme *reus excipiendo fit actor,* c'est la faute du défendeur si les exceptions contenues dans sa contre-enquête ne parviennent pas à la connaissance du tribunal; il sera jugé sur les éléments produits par son adversaire.

L'entendre autrement, ce serait violer l'un ou l'autre de deux principes également respectables. Car, ou l'enquête est favorable à celui qui poursuit l'audience, et alors il a le droit d'y renoncer; ou elle lui est contraire, et, dans ce cas, on ne peut le forcer à *produire un titre contre lui : Nemo tenetur edere contra se.*

C'est ainsi que l'a jugé un arrêt de la cour de cass. du 5 fév. 1828. (Sirey, t. 28, p. 278.) Il est vrai que dans cette espèce, le défendeur qui poursuivait, après avoir inutilement sommé le défendeur de signifier son enquête, tout en se dispensant de la signifier lui-même, renonçait en même temps à sa contre-enquête. D'où Thomine conclut que la décision de la cour de cassation n'eût pas été la même si le défendeur avait demandé jugement en produisant son enquête et laissant l'autre de côté. On peut renoncer à toutes les deux, dit cet auteur; mais, lorsqu'on se prévaut de l'une, il faut nécessairement la mettre en regard de l'autre qui en est la contradiction légitime et indispensable.

Si, en effet, les termes de l'arrêt peuvent donner lieu à une semblable interprétation, cela résulte de la prudente habitude de la cour de ne préjuger que le moins possible les questions étrangères à celle qui lui est soumise, et de se renfermer strictement dans les termes de l'espèce, afin qu'on ne puisse argumenter de ses décisions pour des cas qui paraîtraient analogues.

Mais la même ambiguïté ne se retrouve pas dans l'arrêt de la cour d'Agen du 5 avril 1824 (Sirey, t. 24, p. 245), contre lequel était dirigé le pourvoi rejeté par le précédent arrêt. La cour d'Agen a formellement reconnu, par ses considérants, que c'est à la partie qui veut tirer avantage de l'une ou de l'autre enquête à la signifier.

Dans ce système, il est bien évident que la partie qui signifierait l'enquête de son adversaire, sans réserve de faire valoir les nullités, les couvrirait par ce seul fait, puisque, rien ne l'obligeant à faire cette signification, elle est censée, en la faisant, avoir reconnu sa validité. Mais, dans le système opposé, on devrait décider le contraire; car l'exécution d'un acte

obligé ne peut jamais être regardée comme une renonciation implicite. C'est du reste ainsi que l'enseignent Thomine, n° 337, et Boncenne.

Sur la question principale, ce dernier auteur professe des principes contraires à ceux que nous avons exposés.

L'enquête est *une*, dit-il, p. 316; elle se compose de la preuve directe et de la preuve contraire. Or ce n'est pas sur un fragment d'enquête que les juges peuvent décider en connaissance de cause. C'est comme si l'on ne produisait d'un titre que les clauses favorables. Donc une partie ne peut produire l'une des enquêtes sans produire l'autre.

Boncenne admet que celui qui ne veut se servir ni de l'une ni de l'autre a certainement la faculté de ne signifier ni l'une ni l'autre.]

[1125 bis. *Quelle marche faudra-t-il suivre si le défendeur n'a point d'avoué?*

D'après Pigeau, *Comm.* sur l'art. 286, note 3, dont nous approuvons la doctrine, la signification des procès-verbaux devra lui être faite par exploit à domicile, avec assignation pour se trouver à l'audience, sans qu'il soit besoin d'observer pour cela les délais de l'ajournement, mais seulement les délais de distance, parce qu'après une procédure déjà longue et dont il a pu connaître toutes les phases, c'est bien sa faute s'il n'est pas prêt à comparaître sur-le-champ et à se défendre. (Arg. des articles 349 et 350, C. proc.)]

Art. 287. Il sera statué sommairement sur les reproches.

Ordonn., tit. XXIII, art. 5. — C. pr., art. 203, 404 et suiv.

CCXXXVIII. Les reproches sont jugés *sommairement*, c'est-à-dire sur un simple exposé verbal fait à l'audience, tandis que les moyens sur le fond du procès, et sur la question de savoir si la preuve testimoniale est concluante, peuvent être signifiés par écrit. Il est sensible, d'après l'art. 287, que la discussion et le jugement des reproches sont un préliminaire qui doit être expédié séparément de la cause principale (1).

[C'est l'opinion de Pigeau, *Comm.* sur l'article 287, note 1, t. 1, p. 543.]

1126. *Le juge est-il obligé de vérifier les reproches, si le fait est prouvé par les dépositions des témoins non reprochés?*

Rodier décide négativement cette question, sur l'art. 4 du tit. XXIII de l'ordonnance, n° 1, et cette solution résultait de ce que l'art. 6 du pojet de ce même titre renfermait une disposition formelle à ce sujet, qui fut supprimée comme surabondante. (*V.* le procès-verbal.) On sent que la même solution doit être donnée sous l'empire du Code, qui, par le même motif, garde le silence sur la question dont il s'agit.

[Cet avis incontestable est aussi celui de Thomine n° 338.]

[1126 bis. *Suffit-il que les reproches aient été proposés devant le juge-commissaire et consignés au procès-verbal pour que le tribunal doive y statuer sans que la partie ait besoin de prendre à l'audience des conclusions formelles sur ce point?*

La cour de cass. a décidé l'affirmative, le 28 mars 1837 (Sirey, t. 37, p. 704), par un arrêt qu'approuve Boncenne, n° 380, tout en conseillant de suivre une autre marche. L'arrêt est uniquement fondé sur ce que la loi n'exige nulle part ces conclusions formelles.

Qu'elle ne s'en soit pas expliquée pour le cas spécial du reproche, nous le reconnaissons; mais s'ensuit-il qu'elle ait voulu affranchir cette matière des règles les plus élémentaires et les plus triviales, pouvons-nous dire, en matière de procédure, lorsqu'elle n'a pas, comme pour l'ordre, indiqué un mode spécial? Les juges peuvent-ils statuer sur des demandes qui ne leur ont pas été présentées? Est-ce dans les pièces de l'instruction préparatoire qu'ils doivent aller chercher l'articulation de ces demandes? N'est-ce pas bien plutôt aux conclusions prises à l'audience qu'ils doivent uniquement s'attacher? Jusque-là, les parties peuvent avoir hésité, mais les conclusions orales sont censées être l'expression de leur détermination définitive; elles sont présumées renoncer à tous les chefs antérieurement proposés qu'elles n'y renouvellent point. Par conséquent, les juges n'ont pas à s'occuper des reproches dont le procès-verbal tout seul constate la proposition; et si, après les avoir ainsi négligés en première instance, la partie veut, sur l'appel, se plaindre du silence qu'ont gardé les premiers juges, et faire statuer la cour sur la validité de ces mêmes reproches, elle y sera, selon nous irrecevable. Pour balancer l'autorité de la cour de cass. qui nous est contraire, nous citerons un arrêt de la cour de Rennes du 25 fév. 1820 (Dalloz, t. 12, p. 555), et un autre arrêt très-bien motivé de la cour de Bourges du 5 août 1822.

(1) C'est aussi ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Rennes, du 13 avril 1816, mais bien entendu sauf l'exception autorisée par l'article 288.

[Cette exception nous paraît avoir été méconnue par l'arrêt cité.]

Enfin, notre doctrine a été consacrée cinq fois par la cour de Brux., savoir : le 5 juillet 1809; le 14 oct. 1820 (J. de B., 1820, 2e, p. 187); le 25 juin 1828 (*ibid.*, 1828, 2e, p. 24); le 16 juillet 1829 (*ibid.*, 1829, 2e, p. 193), et le 1er juin 1836 (*ibid.*, 1836, 2e, p. 248), et c'est l'opinion de Thomine, n° 338.

Ainsi donc, nous croyons devoir décider qu'un tribunal ne peut pas, d'office, accueillir des reproches qui n'ont pas été renouvelés à la barre, et que, s'il le fait, son jugement sera susceptible d'être annulé sur l'appel; que si l'enquête a lieu devant un juge délégué par une cour royale, et que cette cour accueille les reproches, la voie de la requête civile pourra être fondée contre l'arrêt sur ce qu'il aura statué sur des choses non demandées.

Mais, tant que le jugement n'a pas été rendu, la partie est recevable à proposer le reproche déjà consigné au procès-verbal, quoiqu'elle ait dans un mémoire imprimé, publié et discuté les dépositions (Limoges, 8 mars 1838), et même quoiqu'elle les ait laissé lire à l'audience. (Brux., 16 juill. 1829; J. de B., 1829, 2e, p. 188.) Et alors, si le reproche est admis, les juges ne doivent avoir aucun égard à la déposition lue, ainsi que le dit Thomine, n° 340.

Il a été décidé avec raison que, lorsqu'en première instance les causes de reproche ont été consignées sur le procès-verbal, l'appelant ne doit pas, sur l'appel du jugement qui les a rejetées, les notifier à l'intimé. (Brux., 1er mai 1830; J. de B., 1830, 1re, p. 311.)]

Art. 288. Si néanmoins le fond de la cause était en état, il pourra être prononcé sur le tout par un seul jugement.

Ordonn., tit. XXIII, art. 3. — C. de proc., art. 134, 172, 338. — (*Voy.* Formules 253 et 254.)

CCXXXIX. Il est nécessaire de statuer sur les reproches avant de décider le fond de la contestation, puisqu'elle dépend de l'enquête, et que celle-ci est fondée sur la véracité et l'intégrité des témoins qui ont été entendus; mais quand le fond de la contestation est *en état*, et que les motifs de l'admission ou du rejet des témoins reprochés paraissent évidents, la loi, pour économiser les frais, a dû laisser aux juges la faculté de statuer sur le tout par un même jugement.

[1126 ter. *De la disposition de cet article suit-il qu'après avoir entendu les plaidoiries sur les reproches, le tribunal puisse ordonner de plaider immédiatement au fond pour être ensuite statué sur le tout par un seul jugement?*

Non sans doute, ce n'est point là le sens de notre article; car la plaidoirie au fond dépend nécessairement de ce qui sera statué sur les reproches, les dépositions des témoins reprochés devant être lues ou passées sous silence, selon que les reproches auront été rejetés ou admis. En agissant comme le suppose la question, le tribunal violerait l'art. 291, puisqu'il s'exposerait à entendre la lecture de dépositions, que plus tard il pourrait déclarer ne devoir faire aucun état dans la cause.

Voici donc, selon nous, les cas où l'art. 288 devient applicable.

C'est lorsque les parties, sans y être invitées par le tribunal, ont volontairement et de leur plein gré, conclu tout à la fois sur le mérite des reproches et sur le fond, comme cela se pratique le plus généralement.

Alors, de deux choses l'une, ou les reproches sont admis, ou ils sont rejetés.

Dans le premier cas, les dépositions des témoins reprochés ne devant pas être prises en considération, et le résultat des autres ayant été discuté dans les conclusions ou dans les plaidoiries des parties, il est clair que la cause est en état sur le tout, que le tout peut être évacué par un seul jugement.

Si, au contraire, les reproches sont rejetés, la partie qui veut se prévaloir de leurs dépositions a droit à un supplément d'instruction sur le fond, pour qu'elles puissent être lues et devenir un des éléments de la décision; mais encore, dans cette hypothèse, on évite le plus souvent la nécessité de deux jugements séparés en consentant réciproquement à la lecture préalable, dans le cours des plaidoiries, des dépositions des témoins reprochés. Par cette renonciation au bénéfice de l'art. 291, que le tribunal ne pourrait leur imposer mais qu'elles sont libres de faire, les parties peuvent toujours se placer dans le cas de l'art. 288, si toutefois elles attachent peu d'importance à la lecture des dépositions, ou si elles comptent assez sur l'impassibilité de leurs juges, pour croire qu'ils seront maîtres de leurs impressions, jusqu'à n'avoir aucun égard à la déposition, quoique lue, du témoin dont ils admettront le reproche.

Mais, nous le répétons, la condition essentielle pour que l'incident et le fond puissent être joints dans un seul jugement, c'est qu'il ait été pris des conclusions sur l'un et sur l'autre : sans cela comment l'affaire serait-elle en état ?

Ce principe nous paraît avoir été méconnu par Boitard, lorsqu'il donne, t. 1, p. 418, l'exemple suivant de l'application de l'art. 288. « Si tous les témoins ont été reprochés, dit-il, et que tous les reproches soient admis, il sera évident, par là même que celui à qui incombait la preuve ne l'a point faite, qu'il doit succomber au fond, et *voilà comme le fond de la cause sera en état*. Les juges, tout en prononçant leur jugement sur les reproches, pourront en même temps prononcer le relaxe de celui

contre lequel la preuve avait été admise. » Boncenne, n° 243, s'exprime absolument de la même manière.

Ainsi ces auteurs voudraient que de la décision sur les reproches pût découler nécessairement, dans certains cas, le jugement du fond, quoique des conclusions n'eussent point été fournies sur ce dernier objet; ils voudraient que l'incident pût emporter le principal; ce serait, d'après nous, le renversement des règles les plus élémentaires de la procédure, la violation flagrante du droit de la défense. Car, encore que l'enquête n'existe plus, la partie qui l'avait demandée ne peut-elle pas avoir d'autres moyens à présenter sur le fond, moyens que jusque-là elle aura pu négliger pour mille raisons très-légitimes, mais qu'elle est intéressée à produire, qu'elle a droit de faire valoir lorsque les autres viennent à lui manquer?

La manière de réputer une cause en état, que proposent Boncenne et Boitard, ne peut donc pas être admise. Un tel jugement, contradictoire sur l'incident, serait par défaut sur le fond, et, comme tel, susceptible d'opposition. Si l'opposition était rejetée, une cour d'appel, et au besoin, la cour suprême feraient bonne justice d'une semblable jurisprudence.

Thomine, n° 338 nous paraît avoir saisi moins heureusement encore le véritable sens de l'art. 288, puisqu'il fait dépendre la possibilité de statuer par un seul jugement, du plus ou moins de facilité que peut offrir l'appréciation du reproche, soit parce qu'il est constant, soit parce qu'il est inconcluant ou tardif; or, nous demandons si, lorsqu'un point quelconque est contesté devant les tribunaux, ils peuvent, sous prétexte que la difficulté n'est pas sérieuse, se dispenser de la juger, et se conduire, ou forcer les parties à procéder comme si elle n'existait pas?]

[1126 quater. *Lorsque par jugement séparé il a été prononcé sur les reproches, la partie qui succombe sur cet incident peut-elle se dispenser de plaider immédiatement au fond, si le tribunal le lui ordonne?*

Pour l'affirmative, on pourrait reproduire les motifs que nous avons combattus sous la *Quest.* 735, à la note; la position étant la même, les raisonnements auxquels nous nous sommes livrés, *loco cit.*, trouveraient encore ici leur application.]

1127. *Les juges qui statuent sur les reproches doivent-ils nécessairement être les mêmes que ceux qui statueront sur le fond?*

Rodier (*ubi suprà*, n° 4) décide cette question pour la négative, attendu que le jugement des reproches diffère essentiellement et est absolument indépendant du jugement à rendre sur le fond.

[Il a été aussi jugé par la cour de cassation, le 18 avril 1810 (Dalloz, t. 12, p. 572; Sirey, t. 10, p. 248), qu'il n'est pas nécessaire que les juges qui rendent un jugement définitif par suite d'enquête, soient les mêmes que ceux qui ont assisté au jugement ordonnant la preuve.]

Art. 289. Si les reproches proposés avant la déposition ne sont justifiés par écrit, la partie sera tenue d'en offrir la preuve, et de désigner les témoins; autrement elle ne sera plus reçue : le tout sans préjudice des réparations, dommages et intérêts qui pourraient être dus au témoin reproché.

Tarif, 71. — C. pr., art. 267, 270, 282 et suiv., 287 et suiv., 314.

CCXL. La partie qui propose contre un témoin des moyens de reproches doit être prête à en fournir la preuve. Elle est donc tenue, si le reproche ne peut pas se *justifier par écrit* (1), d'offrir cette preuve, et de désigner en même temps les témoins qui doivent l'établir, au moins dès la première audience qui suit la clôture de l'enquête; autrement elle n'y serait plus recevable (*voy.* la *Quest.* 1066), et les reproches seraient écartés, sans préjudice toutefois des réparations que le témoin pourrait demander, s'il avait été inculpé d'une manière grave.

Art. 290. La preuve, s'il y échet, sera ordonnée par le tribunal, sauf la preuve contraire, et sera faite dans la forme ci-après réglée pour les enquêtes sommaires. Aucun reproche ne pourra y être proposé, s'il n'est justifié par écrit.

Infrà, sur les art. 407 et suivants.

CCXLI. Le tribunal, après avoir entendu les parties demanderesse et défenderesse sur les reproches, ordonne, *s'il y échet*, la preuve testimoniale des moyens sur lesquels ils sont fondés, mais sauf la preuve contraire qui est toujours de droit. Cette seconde enquête est

---

(1) Par exemple, si on reproche un témoin pour avoir bu ou mangé avec la partie adverse, il faudra prouver ces faits par témoins, parce qu'ils ne sont pas susceptibles de l'être par écrit, ainsi que le serait la parenté; mais toutes ces déclarations doivent être faites avant la déposition du témoin, comme nous l'avons dit sur l'art. 270.

faite suivant les règles établies pour les matières sommaires : c'est, par conséquent, une enquête verbale ; mais, pour qu'elle ne soit pas suivie d'une troisième, aucun reproche n'y peut être proposé, s'il n'est justifié par écrit.

Art. 291. Si les reproches sont admis, la déposition du témoin reproché ne sera point lue.

Ordonn. de 1667, tit. XXIII, art. 5, 2e part. — C. pr., art. 294 et 570.

CCXLII. Si les reproches proposés contre un témoin sont admis, la déposition de ce témoin est sans force ; on ne peut y ajouter aucune foi, et par conséquent la loi, afin qu'elle ne puisse en aucune manière produire quelque impression sur le juge, lui interdit de s'en faire donner lecture.

[1127 bis. *La disposition de l'article 291 est-elle absolue, ou seulement relative ?*

« Nous pensons, a dit Carré, dans une note manuscrite, qu'elle n'est que relative, et que, si elle porte que, dans le cas où les reproches sont admis, la déposition des témoins ne sera point lue, ce n'est que dans l'intérêt de celui qui les avait proposés.

» En effet, du moment que l'ordre public n'entre pour rien dans les motifs qui ont engagé le législateur à consacrer le principe d'équité contenu dans l'art. 291, il est loisible à celui en faveur duquel il a été sanctionné d'y renoncer, conformément à la maxime *unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare.*

» Si donc la partie qui avait d'abord allégué contre certains témoins des reproches qui ont été admis par les tribunaux, consent ou conclut ensuite à ce que leurs dépositions soient lues, et à ce que foi y soit ajoutée comme à celles des autres témoins, ni la partie adverse ne sera en droit de combattre raisonnablement ce vœu ou ces conclusions formelles, ni le tribunal ne devra refuser de les accueillir ; la partie adverse, parce qu'il ne s'est à cet égard formé aucun contrat judiciaire entre elle et celle qui permet ou exige la lecture des dépositions émanées des témoins qu'elle a d'abord justement reprochés ; le tribunal, parce qu'ainsi que nous l'avons fait observer, l'ordre public n'est en rien lésé par la lecture de semblables dépositions. »

Nous partageons cette opinion de Carré.]

[1127 ter. *Lorsque les reproches ont été admis pour l'une des causes mentionnées en l'art. 283, la lecture des dépositions peut-elle être ordonnée, sauf à y avoir tel égard que de raison ?*

Il résulte de la discussion à laquelle nous nous sommes livré, sur la *Quest.* 1102, que les juges n'ont pas la faculté d'admettre ou de rejeter les reproches de l'art. 283, lorsque le fondement de ces reproches en fait leur est démontré ; par une raison identique, ils ne peuvent non plus en atténuer l'effet, ce qui aurait lieu si, tout en les reconnaissant exacts, ils se réservaient néanmoins d'avoir égard aux dépositions. La cour de Douai, par son arrêt du 23 fév. 1828 (Sirey, t. 28, p. 242), cité sous la *Quest.* 1102, a reconnu aux juges cette faculté ; mais cette décision est contraire aux principes par nous développés, *loco citato*, à plusieurs arrêts que nous y avons rapportés, et à ceux de la cour de Riom, 20 fév. 1830 (Sirey, t. 32, p. 570), de la cour de Nancy, 1er juin 1837, et de la cour de Poitiers, 2 janv. 1838.

Un semblable tempérament ne saurait être admis qu'à l'égard des motifs de suspicion puisés en dehors de l'art. 283, comme nous l'avons fait remarquer sur la *Quest.* 1101, parce qu'alors tout est laissé à l'arbitraire du juge. C'est aussi dans des cas de cette espèce que les cours de Riom et de Bourges l'ont employé, la première, par son arrêt déjà cité du 20 fév. 1830 (Sirey, t. 32, p. 570), la seconde par un arrêt du 6 mars 1828.]

1128. *Quoique la déposition d'un témoin reproché ait été lue en première instance, les juges d'appel doivent-ils, avant de prononcer au fond, juger si les reproches ont été valablement rejetés ?*

Jousse sur l'ord. de 1667, tit. XXIII, art. 5, résout affirmativement cette question, et nous pensons que son opinion doit être suivie, si l'appelant a coté grief sur le rejet du reproche. En effet, le jugement que le tribunal de première instance a porté sur la nature des reproches peut avoir influé sur la décision du fond. Il faut donc qu'en appel on examine les reproches, pour s'assurer que les premiers juges ne se sont pas écartés de la loi. (*V.* aussi Rodier, sur l'art. 4 du tit. XXIII, 1re *Quest.* n° 2.)

[Nous adhérons bien volontiers à cette solution, qui est conforme à l'esprit général de la loi sur cette matière.]

Art. 292. L'enquête ou la déposition déclarée nulle par la faute du juge-commissaire, sera recommencée à ses frais ; les délais de la nouvelle enquête ou de la nouvelle audition de témoins courront du jour de la signification du jugement qui l'aura ordonnée ; la partie pourra faire entendre les mêmes témoins ; et, si quelques-uns ne peuvent être entendus, les juges auront tel égard que de raison aux dépositions par eux faites dans la première enquête.

Ordonn. de 1667, tit. XXII, art. 36. — Ordonn. de François Ier de 1535, chap. 7, art. 9. — C. pr., arti-

cles 257 et suiv., 271 et suiv., 278 et 1029. — [Locré, t. 9, p. 293.] (1).

CCXLIII. Nous avons vu que la plupart des formalités à suivre dans une enquête sont prescrites à peine de nullité; mais il importe de remarquer, par rapport à cette peine, que, suivant les circonstances, elle diffère quant à ses effets. Quelquefois, elle frappe le corps entier de l'enquête; quelquefois, elle n'atteint qu'une ou plusieurs des dépositions. Dans un cas, elle est fatale et fait perdre le droit de prouver par témoins (293), tandis que, dans l'autre, elle ne vicie que la procédure, et laisse la faculté de recommencer l'enquête: c'est le cas de l'art. 292.

La nullité frappe le corps entier de l'enquête, lorsqu'elle résulte de l'omission de l'une des formalités qui concernent toute l'opération, comme le défaut de date au procès-verbal d'enquête, etc; mais elle n'atteint qu'une ou quelques-unes des dépositions, lorsqu'elle provient de l'inexécution des formalités particulièrement ordonnées pour l'audition de chaque témoin : telle serait l'omission du serment de l'un d'eux, etc. (*Voy.* l'art. 294.)

D'après l'art. 292, la nullité de l'enquête n'est point fatale, lorsqu'elle résulte de la faute du juge-commissaire, qui aurait omis quelque formalité rigoureusement prescrite par le Code; mais elle est recommencée à ses frais, comme le voulait l'ordonnance de 1667, attendu qu'il n'est pas juste que les parties éprouvent le moindre préjudice des erreurs ou de la négligence d'un magistrat qu'elles n'ont pas été libres de choisir (2).

[1128 bis. *Lorsque l'enquête est déclarée nulle, par des motifs fondés les uns sur la faute du juge-commissaire, les autres sur la faute de l'avoué, l'enquête peut-elle être recommencée ?*

« Nous pensons, dit Carré, dans ses notes, » que l'enquête ne doit pas être recommencée, » par la raison que les formalités relatives à cette » voie d'instruction ont été prescrites en fa- » veur de la partie contre laquelle on l'emploie; » d'où suit qu'elle doit profiter des avantages » d'une nullité admise. » Nous partageons son opinion, qui a été consacrée par la cour de Metz, le 5 fév. 1811. (Dalloz, t. 27, p. 88.) On peut ajouter qu'en ne recommençant pas l'enquête, on ne viole pas l'art. 292, puisque celui-ci n'en fait pas une obligation, ainsi que l'a jugé la cour de cass. le 17 mars 1819. (Dalloz, t. 12, p. 568; Sirey, t. 19, p. 403.)]

1129. *Si la faute ne paraissait imputable qu'au greffier, l'enquête n'en serait-elle pas moins recommencée aux frais du juge-commissaire ?*

C'est notre opinion, fondée sur ce que le greffier est l'homme du juge, et n'est censé écrire que ce que le juge lui dicte.

[Elle est incontestable, et partagée par Favard, v° *Enquête*, t. 2, p. 369, § 6, n° 2; Dalloz, t. 12, p. 568, n° 4, et Thomine, n° 343.]

Mais nous remarquerons qu'il faut, pour être admis à recommencer l'enquête, que l'exception de nullité ait été proposée, et que l'enquête ait été déclarée nulle; car on ne peut de soi-même se désister d'une enquête, sous prétexte de nullité et à dessein de la recommencer.

[A moins qu'on ne soit encore dans le délai légal pour la recommencer, auquel cas on ne

---

(1) JURISPRUDENCE.

[1° Lorsqu'un jugement a ordonné qu'il serait procédé à une enquête comme en matière sommaire, et qu'un arrêt infirmatif a décidé qu'elle devait avoir lieu comme en matière ordinaire, l'enquête peut être recommencée. (Cass., 15 juill. 1818; Dalloz, t. 22, p. 232; Sirey, t. 19, p. 25.)

2° On peut faire entendre, pour la troisième fois, aux frais du juge-commissaire, un témoin dont la deuxième audition est nulle par le fait de ce magistrat. (Montpellier, 15 déc. 1830.)

3° La déclaration des juges du fond relativement à l'auteur de la nullité de l'enquête est une déclaration de fait qui ne peut fournir ouverture à cassation. (Cass., 17 déc. 1811; Dalloz, t. 12, p. 551; Sirey, t. 12, p. 145.)

4° L'enquête nulle, par suite de la nullité des assignations données à trop court délai pour comparaître, ne doit pas être recommencée aux frais du juge-commissaire, si cette nullité provient de la négligence de la partie qui a donné ces assignations. (Nîmes, 31 août 1827.)

5° Mai si la requête présentée au juge-commissaire indiquait le domicile de la partie à citer, et que, malgré cela, le juge-commissaire ait fixé un délai trop court, l'enquête doit être recommencée à ses frais. (Rennes, 9 fév. 1833.)

6° La nullité de l'enquête non signée par l'une des parties, et ne mentionnant pas le refus ou l'impossibilité de signer, doit être imputée au juge-commissaire. (Bordeaux, 28 août 1829; Sirey, t. 30, p. 63.)

7° Lorsqu'un jugement qui a ordonné qu'une enquête, nulle par la faute du juge-commissaire, serait recommencée, ne porte pas qu'elle le sera aux frais du juge, cette omission ne peut être un moyen de cassation, si les parties n'ont pas présenté ce moyen devant les premiers juges. (Cass., 8 juillet 1819; Dalloz, t. 1, p. 271; Sirey, t. 20, p. 165.)]

(2) Les formes de cette nouvelle enquête n'ont rien de particulier. Nous verrons bientôt que les délais pour la commencer courent à partir de la signification du jugement qui l'a ordonnée; nous examinerons si l'on peut entendre des témoins nouveaux; mais, en tous cas, on doit remarquer que si quelques-uns des témoins entendus dans l'enquête annulée ne peuvent être entendus dans la seconde, pour cause de décès, d'absence ou d'autre empêchement, la loi, par une exception d'équité à la maxime *quod nullum est nullum producit effectum,* recommande au tribunal d'avoir tel égard que de raison aux dépositions de ces témoins, lors de la première enquête.

fait qu'user de son droit, comme nous l'avons dit sur les *Quest.* 996 et 1011.]

1130. ***L'enquête peut-elle être déclarée nulle sur la demande de la partie qui l'a remise?***

Thomine (dans ses cahiers de dictée) pense avec raison que, pour être admis à recommencer l'enquête, il faut préalablement qu'elle ait été déclarée nulle sur la demande de la partie contre laquelle elle aurait été faite; car celle qui a fait l'enquête ne serait pas admise à s'en désister sous prétexte de nullité et à dessein de recommencer.

[*Voy.* notre dernière observation sur la question précédente : à part l'exception que nous avons signalée, la solution de Carré est incontestable. On peut voir, dans le même sens, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 547, et Thomine, nos 341 et 343.]

1131. ***Dans le cas où le tribunal ordonne que l'enquête sera recommencée, la partie peut-elle faire entendre de nouveaux témoins?***

Pour résoudre cette question, qui est d'autant plus importante qu'elle était controversée sous l'empire de l'ordonnance, et qu'elle l'est encore aujourd'hui, nous rappellerons que l'art. 36 du tit. XXII de cette ordonnance était ainsi conçu :

« Si l'enquête est déclarée nulle par la faute » du juge ou du commissaire, il en sera fait » une nouvelle aux frais et dépens du juge ou » commissaire, dans laquelle la partie *pourra* » *faire ouïr de nouveau les mêmes témoins.* »

Les différences qu'on remarque entre cette disposition et celle de l'art. 292 du Code sont:

Premièrement, que celui-ci dispose tant à l'égard de la déposition annulée d'un témoin, qu'à l'égard de l'enquête entière;

Secondement, qu'il indique les délais pour faire la nouvelle enquête;

Troisièmement, qu'au lieu de ces mots, *il sera fait une nouvelle enquête,* il se sert de ceux-ci, *l'enquête sera* RECOMMENCÉE;

Quatrièmement enfin, et c'est une disposition remarquable, qu'il autorise *les juges à avoir tel égard que de raison aux dépositions faites dans la première enquête par des témoins qui ne pourraient pas être entendus.*

C'est de cette faculté, donnée à la partie par l'art. 36 de l'ordonnance et par l'art. 292 de notre Code, de faire entendre les mêmes témoins, que résulte la question que nous avons posée (1).

Les commentateurs du Code, à l'exception de Demiau, p. 216, qui résout cette question en disant *qu'elle avait été décidée affirmativement sous l'empire de l'ordonnance,* et les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 197, qui renvoient au *Comm.* de Rodier, estiment que l'on ne peut entendre de nouveaux témoins.

Nous lisons dans l'ouvrage de Pigeau, t. 1, p. 210, n° 325, édit. de 1840, que la partie ne peut produire de nouveaux témoins. La loi, dit-il, ne le permet pas, parce que ce n'est pas une nouvelle enquête que l'on fait, mais bien la première que *l'on recommence.*

La partie, dit Delaporte, pourra faire enten-

---

(1) On disait, sous l'empire de l'ordonnance (*V.* Duparc-Poullain, t. 9, p. 339) : 1° que la loi permettait de faire entendre *les mêmes témoins,* quoiqu'on pût objecter que leur foi avait été engagée (V. *Procès-verbal,* tit. XXII, art. 42); mais qu'elle ne disait pas qu'on fût exclu d'en faire entendre d'autres, ni qu'on pût les faire entendre;

2° Que, si l'une des parties était autorisée à faire entendre de nouveaux témoins, elle profitait de la nullité de son enquête, au préjudice de la partie adverse; que si, au contraire, elle était réduite à faire assigner de nouveau les témoins de l'enquête annulée, elle souffrait un préjudice réel et irréparable, si quelqu'un de ces témoins était mort;

3° Que la généralité des expressions de l'art. 36 semblait accorder à la partie une entière liberté de faire entendre, dans la nouvelle enquête, les mêmes témoins de la précédente, sans l'exclure d'en faire déposer d'autres;

4° Que le jugement qui annulait l'enquête mettait les parties au même état où elles étaient lors du jugement d'appointement en preuve, en sorte qu'elle pouvait ou se dispenser de faire entendre les mêmes témoins, ou en produire d'autres, ou en joindre de nouveaux aux premiers (*voy.* Rodier, sur l'art. 36, *Quest.* 2);

5° Qu'en ce cas, l'audition de ces nouveaux témoins ne serait pas aux frais du commissaire dont l'enquête aurait été déclarée nulle. (*V.* Arrêt du Parlement de Toulouse du 3 décemb. 1749; Rodier, *ubi suprà.*)

Mais Pussort, lors des conférences des commissaires chargés de l'examen du projet de l'ordonnance, avait dit dans le procès-verbal de ces conférences, *ubi suprà,* que les mêmes témoins pourraient être encore une fois entendus, *parce qu'en cela il n'y aurait rien du fait de la partie.* Or, cette remarque ne semblait-elle pas indiquer que le législateur avait entendu seulement que la partie dont l'enquête avait été annulée, sans qu'il y eût de sa faute, fût remise au même état où elle était avant que la nullité fût jugée, et conséquemment qu'elle devrait être réduite à ne faire entendre que les mêmes témoins?

Cette dernière opinion était admise par le plus grand nombre des commentateurs. (*V.* Boutaric, Serpillon, Jousse, sur l'art. 36 du tit. XXII de l'ord., et Pigeau, dans sa *Procéd. du Châtelet,* t. 1, p. 288.)

Ces auteurs adoptaient cependant une exception pour le cas où quelques-uns des témoins entendus en l'enquête déclarée nulle, seraient morts ou hors d'état d'être entendus de nouveau.

Mais Rodier maintenait formellement qu'en tous les cas on ne pouvait faire entendre de nouveaux témoins, autrement, dit-il, l'ordonnance n'eût pas dit : *La partie pourra faire ouïr,* mais *la partie fera ouïr de nouveau les mêmes témoins.*

Tel était, à l'époque de la publication du Code, l'état de la question que nous examinons.

dre les mêmes témoins, et *non de nouveaux*, parce que le juge n'est pas obligé de faire les frais d'une nouvelle enquête, mais seulement ceux de la première. Enfin, les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 246, émettent la même opinion, en se fondant sur ce qu'il serait injuste et même inconvenant d'augmenter les frais de l'enquête, en appelant de nouveaux témoins, et sur ce que l'art. 292 disposant qu'on entendra *les mêmes témoins*, exclut manifestement toutes additions au nombre des témoins.

C'est, selon nous, ce dernier avis qu'il faut suivre; et, pour s'en convaincre, il suffit de remarquer que l'art. 292 porte que l'enquête *sera recommencée*, expression dont l'ordonnance ne s'était pas servie, et qui prouve que le législateur a entendu exprimer que le jugement qui prononcerait la nullité d'une enquête, n'aurait d'autre effet que celui de faire procéder de nouveau à l'audition des mêmes témoins qui auraient déposé dans l'enquête annulée (1).

[Nous sommes de l'avis de Carré, qui est aussi celui de Boncenne, t. 4, p. 318; Favard, vo *Enquête*, t. 2, p. 369, no 3; Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 548; Thomine, no 344. Dalloz, t. 12, p. 568, no 5, est le seul auteur nouveau qui professe l'opinion contraire; il enseigne même que le défendeur peut faire une contre-enquête, ce qui est encore plus inadmissible. (Voy. *Quest.* 1134.)]

1182. ***Est-ce du jour de la signification du jugement qui a annulé l'enquête, ou du jour de l'ordonnance du juge commis pour la nouvelle, que court le délai pour faire entendre les témoins ?***

Les délais pour l'enquête nouvelle courent, comme pour la première, savoir : celui pour commencer l'enquête, du jour de la signification du jugement, et celui pour entendre les témoins, du jour indiqué par le juge commis pour recevoir cette nouvelle enquête. Il en est de même quand il s'agit de n'entendre qu'un témoin ou quelques témoins dont la déposition aurait été déclarée nulle. — Ces mots *nouvelle enquête, nouvelle audition de témoins*, ne nous semblent point des termes synonymes, quoi qu'en ait dit Pigeau, t. 1, p. 210, no 325; les premiers se rapportent au cas où l'enquête entière aurait été annulée; les seconds, à celui où la déposition d'un ou de quelques-uns des témoins seulement l'aurait été, et les uns et les autres se rattachent à ces premiers termes de l'article, *l'enquête ou la déposition déclarée nulle* sera recommencée.

[Il est clair que la nouvelle enquête est soumise aux mêmes formes et par conséquent à tous les mêmes délais que la première. Tel est aussi l'avis de Boncenne, no 349.]

1183. ***Doit-on, pour la nouvelle enquête, commettre un autre juge que celui qui aurait reçu celle qui a été déclarée nulle?***

Pigeau le suppose (*ubi suprà*), en se servant toujours des mots *nouveau commissaire.*

Hautefeuille, p. 166, dit qu'il serait inconvenant et peut-être dangereux que cette nouvelle enquête fût faite devant le même juge-commissaire; qu'il est plus prudent d'en nommer un autre.

Nous remarquerons que l'art. 7 de l'édit du mois de mai 1583 portait expressément que la nouvelle enquête devait être faite par un autre juge-commissaire; que l'on appliquait cette disposition sous l'empire de l'ordonnance, et qu'il serait difficile de trouver des raisons pour en agir autrement. (Voy. *Confér. du C. de proc. avec les lois précédentes*, par Dufour, t. 1, p. 174.)

[Quoique les motifs de convenance invoqués par tous les auteurs à l'appui de cette solution ne paraissent pas à Dalloz, t. 12, p. 568, no 6, suffisants pour faire prononcer une incapacité contre le juge-commissaire, nous les trouvons néanmoins assez forts pour nous faire embrasser l'opinion de Carré, qui est aussi celle de Favard, vo *Enquête*, t. 2, p. 370, no 4; mais évidemment la nomination du même juge ne peut pas produire une nullité.]

---

(1) On remarquera, en outre, que la raison la plus déterminante en faveur de l'opinion de ceux des commentateurs de l'ordonnance qui admettaient l'audition de témoins nouveaux, était tirée de l'injustice qu'il y aurait eu à interdire à une partie le droit de faire entendre d'autres témoins à la place de ceux qui seraient décédés. Or, cette raison ne saurait être aujourd'hui d'aucune considération, puisque l'art. 292 permet aux juges d'avoir, à la déposition de ces témoins et de ceux qui ne pourraient être entendus dans la nouvelle enquête, tel égard que de raison.

Il n'est qu'une objection contre cette décision; c'est qu'il était inutile que le législateur eût exprimé que l'on pourrait entendre les mêmes témoins, s'il n'avait pas autorisé la partie à en produire de nouveaux. Nous répondrons que la loi ne s'est expliquée sur cette faculté qu'afin de faire connaître que les témoins qui auraient déposé dans l'enquête annulée ne pouvaient être écartés de la nouvelle enquête, sous le prétexte qu'ils auraient déjà engagé leur foi dans la première; que cette précaution du législateur fournit ainsi un motif de plus en faveur de l'opinion que nous avons adoptée.

Au surplus, nous devons dire que la cour de Limoges, par arrêt du 13 juin 1818 (Sirey, t. 18, p. 285, et Dalloz, t. 12, p. 566), a résolu la question contre cette opinion, qui, d'un autre côté, a été consacrée par arrêts de la cour de Rennes du 28 juillet 1814 (Dalloz, t. 27, p. 78), et de la cour de Grenoble, 10 mai 1817.

1134. ***La partie adverse de celle dont l'enquête est annulée peut-elle faire une contre-enquête?***

Sous l'empire de l'ordonnance, cette question était fortement controversée, dit Demiau, p. 216. Il ajoute, p. 217, que rien ne s'oppose, quand une partie fait de son chef une enquête, à ce que la partie adverse use de la faculté de la contraire enquête, qui est la conséquence de toute enquête principale.

On sent, d'après la solution donnée sous la 1131e *question*, que nous ne pouvons admettre cette opinion. Nous dirons donc, avec Pigeau, t. 1, p. 210, n° 325, que la contraire enquête n'est pas permise. De Lamoignon éleva la question qui nous occupe, lors de l'examen de l'ordonn. de 1667 (*voy.* sur l'art. 36, le procès-verbal de cette ordonnance), et Pussort répondit qu'il n'y avait pas d'apparence que la liberté de faire une nouvelle enquête fût réciproque, parce qu'elle n'avait été accordée que pour réparer la faute du juge à l'égard de la partie qui en avait reçu préjudice.

La raison de suivre cette opinion, sous le Code de procédure, est d'autant plus fondée, que nous croyons avoir prouvé que la nullité d'une enquête, prononcée à raison de la faute du juge-commissaire, n'opère autre chose que la faculté de *recommencer* cette enquête, en faisant entendre les mêmes témoins. Certes, on ne saurait, en admettant cette opinion, assigner aucun motif pour donner à la partie adverse le droit de faire une contre-enquête.

[Cette solution ne semble pas, au premier abord, en harmonie avec celle que nous avons donnée, sous l'autorité de quatre arrêts au n° 1089 *in fine*. Il y est dit que la prorogation accordée à une partie pour faire son enquête profite à l'autre partie, quoique celle-ci n'ait point formé de demande pour elle-même; si bien qu'elle pourrait, à la faveur de cette prorogation, non-seulement continuer sa contre-enquête, mais la commencer, quoiqu'elle n'eût d'abord fait pour cela aucune démarche dans le délai de rigueur.

En conclurait-on qu'on devrait, dans l'espèce actuelle, décider de la même manière, sous peine de violer la liberté de la défense, et ce principe de l'art. 256 d'après lequel, toutes les fois qu'il y a une enquête, l'enquête contraire est toujours de droit? Mais on répondrait que le défendeur a pu faire sa contre-enquête en temps utile; que, si elle n'a pas eu lieu, c'est sa faute et qu'il doit en supporter les conséquences; qu'il n'en est pas de même du demandeur dont les diligences ont été rendues inutiles par une faute à lui étrangère, et que, dans le cas de la *Quest.* 1089, le délai d'enquête était encore ouvert au moment où la contre-enquête a été commencée, et qu'alors aucune raison plausible ne pouvait dépouiller le défendeur du droit de faire cette contre-enquête. La seule objection qui puisse paraître spécieuse est celle-ci : le défendeur a pu se reposer sur l'espoir qu'il avait de faire annuler l'enquête de son adversaire; cet espoir était fondé puisqu'il y a réussi, et il pouvait croire en même temps qu'il obtiendrait le jugement immédiat de la cause sans nouvelle enquête, car l'art. 292 est facultatif; si on rend à l'une des parties les armes dont son adversaire avait su la dépouiller, est-il juste de laisser celui-ci sans défense en retenant les siennes? L'annulation serait donc au préjudice de celui qui l'aurait obtenue.

Cependant cette objection ne peut se soutenir. Il est inexact de dire que l'annulation serait au préjudice de celui qui la demande, puisque dans un cas donné, une nouvelle enquête peut n'être pas ordonnée. On ne lui fait du reste aucun grief, puisqu'on ne fait que recommencer un acte nul et que sa position reste la même. Il est évident que si on permettait la contre-enquête, il faudrait permettre au demandeur l'audition de nouveaux témoins, nécessités par les témoins, mêmes de la contre-enquête. Les anciennes discussions législatives rapportées par Carré et Boncenne ne permettent pas d'interpréter autrement que nous le faisons nous-même l'art. 292.]

Art. 293. L'enquête déclarée nulle par la faute de l'avoué (1) ou par celle de l'huissier (2), ne sera pas recommencée; mais la partie pourra en répéter les frais contre eux, même des dommages et intérêts, en cas de manifeste négligence; ce qui est laissé à l'arbitrage du juge.

Ordonn. de 1667, tit. XXII, art. 36. — C. pr., art. 71, 132, 257 et suiv. 278, 360, 1030. — Devilleneuve, table, v° *Enquête,* n°s 115 à 117. — Locré, t. 9, p. 293 (3).

CCXLIV. Dans les deux cas indiqués par

---

(1) *De l'avoué.* (*V.* art. 257, 259, 278.)
(2) *De l'huissier.* (*V.* art. 260, 261.)

(3) JURISPRUDENCE.

[1° L'enquête déclarée nulle ne peut être recommencée, encore qu'il ait été omis de faire une preuve que le tribunal l'avait permise. (Rennes, 13 janv. 1826; Sirey, t. 27, 2e, p. 85.) Mais le tribunal pourrait ordonner d'office une nouvelle enquête. (*V. Quest.* 977 *bis.*)

2° L'enquête déclarée nulle parce que l'assignation à la partie n'a pas été donnée au domicile de l'avoué, ne peut pas être recommencée. (Cass., 17 déc. 1811; Dalloz, t. 12, p. 551; Sirey, t. 12, p. 145.)

3° L'enquête déclarée nulle pour avoir été commencée moins de huit jours après la signification à personne ou domicile du jugement par défaut contre par-

l'article ci-dessus, la nullité devient fatale; l'enquête ou la déposition déclarée nulle ne peut être recommencée; la déchéance de la preuve est encourue; mais la partie déchue peut, si la négligence de l'officier ministériel est manifeste, répéter contre lui les frais de l'enquête ou de la déposition annulée, et même le faire condamner à des dommages et intérêts. Ici, la loi laisse à l'arbitrage du juge d'apprécier la faute et de statuer ce qu'il appartient (1).

1135. *Les officiers ministériels, par la faute desquels une déposition isolée serait déclarée nulle, sont-ils assujettis, à raison de cette déposition, à la responsabilité dont il s'agit en l'art.* 293 ?

Il y a même motif de décider pour cette nullité isolée que pour l'enquête entière. Si, d'ailleurs, l'art. 293 garde le silence à cet égard, la réponse que nous venons de donner se trouve appuyée de la disposition générale de l'art. 1031. (*Voy.* Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 250.)

[Il ne peut s'élever de doute sur ce point, ainsi que nous l'avons dit dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 292, n° 61. (*Voy.* aussi l'opinion de Favard, sous la question suivante.)]

[**1135 bis.** *Quelles sont les formes à suivre pour mettre l'enquête nulle à la charge du juge ou de l'avoué?*

Il n'est pas nécessaire, suivant Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 547, que le juge soit appelé ni que le jugement soit rendu avec lui; en effet, dit-il, l'art. 505 du Code de procédure civile s'oppose à ce que le juge soit appelé dans ce cas; mais ce juge pourra former tierce opposition, lorsqu'on lui demandera le payement des frais.

Il nous est difficile de partager l'opinion de Pigeau. Sans doute on ne peut pas prendre le juge à partie, parce qu'on ne se trouve dans aucun des cas posés par l'art. 505, C. de proc., qui est limitatif; mais pourquoi ne pourrait-on pas appeler le juge pour que la nullité de l'enquête fût prononcée en sa présence? Dira-t-on que la dignité du magistrat s'y oppose, qu'il ne peut pas être jugé par son tribunal? c'est une erreur. Selon Jousse, commentateur de l'ordonnance de 1667, semblable en ce point à notre Code, le tribunal ordonne que la procédure sera recommencée aux dépens du juge. « Le plus souvent d'office, dit-il, ou sans instruction, ou sur la simple réquisition des parties intéressées. » Or, d'après l'art. 292, C. de proc., l'enquête ou la déposition déclarée nulle par la faute du juge-commissaire sera recommencée à ses frais; le tribunal juge donc l'acte du magistrat, et l'objection n'a pas arrêté le législateur. Mais, de plus, dans quelle étrange position les parties ne se trouveraient-elles pas placées, si on suivait l'opinion de Pigeau? Elles se présenteraient au tribunal pour faire prononcer la nullité de l'enquête; elles seraient menacées de voir le jugement attaqué par la tierce opposition, exposées à recommencer l'enquête nulle d'après ce jugement, et à ne pouvoir répéter les frais de la nouvelle, parce que le juge ferait déclarer plus tard, au moyen de la tierce opposition, que la nullité n'existait pas; et cependant le législateur n'aurait point fourni aux parties les moyens d'éviter de se trouver ainsi entre deux jugements contradictoires; et de faire des frais d'enquêtes inutiles, qui retomberaient à leur charge : ce serait là une bizarrerie qu'on ne peut point supposer; il faut que les parties puissent mettre en cause tous ceux qu'elles croiront à même de former tierce opposition au jugement. Dès lors, ou le juge peut être appelé, ou il n'a pas le droit de prendre cette voie contre le jugement. Les termes généraux de l'article 474 : « Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel, etc.; » ne permettent pas de refuser au juge condamné à payer les frais de la nouvelle enquête, le droit de former

---

tie qui l'avait ordonnée ne peut être recommencée, car c'est la faute de l'avoué. (Caen, 24 avril 1839; Sirey, t. 39, p. 488.)

4° L'enquête annulée faute de reprise d'instance ne peut être recommencée. (Toulouse, 5 août 1839.)

5° Une enquête nulle *doit être rayée, et ne peut faire état au procès*. (Montpellier, 15 juin 1827.)

6° La partie avertie par le juge de l'irrégularité des actes préliminaires de l'enquête, n'est pas recevable dans sa demande en garantie contre l'huissier qui a signifié ces actes. (Metz, 5 fév. 1811; Dalloz, t. 27, p. 88.)

C'est une question d'appréciation.]

(1) « Pourquoi, demandèrent plusieurs cours d'appel, sur le projet du Code de procédure, la vérité ne pourrait-elle plus se montrer, parce qu'un avoué ou un huissier aura négligé l'observation de l'une de ces formes aussi rigoureuses qu'elles sont multipliées? Si une enquête ne peut être recommencée sans danger, ce danger sera-t-il plus grand lorsque la nullité provient de la faute de l'officier ministériel, que lorsqu'elle a été commise par le juge? Et, s'il est sans considération dans un cas, par quel singulier phénomène en obtiendra-t-il une si grande dans l'autre? »

« Ce raisonnement, dit le rapporteur au corps législatif, a sans doute quelque apparence de fondement;
» mais qui garantira que la nullité commise par l'a-
» voué n'est pas le résultat d'un concert entre lui et
» son client? Et que deviendra la sévérité avec laquelle
» la loi prescrit des délais, si l'avoué peut rendre à
» son client tous les moyens de séduction que la loi a
» voulu lui enlever; si celui-ci, peu satisfait de ses
» premières tentatives sur la foi des témoins, peut
» ainsi se procurer les moyens de se livrer à de nou-
» velles manœuvres, s'il ne lui faut que le léger sacri-
» fice de quelques frais? Cette seule observation répond
» à tout, et justifie la sagesse de l'article. »

[*V.* notre *Quest.* 977 *bis.*]

tierce opposition; mais que devient alors l'objection tirée de la dignité du magistrat? Il faudra donc qu'il paraisse devant son tribunal, qu'il constitue avoué, qu'il se défende; il faudra donc que le tribunal prononce entre lui et les parties? Pourquoi ce qui pourra être fait à la requête du juge, ne pourra-t-il pas l'être lors du premier jugement, à la diligence d'une partie? n'est-ce pas là encore une contradiction dans laquelle conduit l'opinion de Pigeau? Il faut donc penser que, puisque le juge peut prendre la voie de la tierce opposition, il peut être appelé.

Quant aux avoués, la marche à suivre est bien simple, et nous adoptons l'opinion de Pigeau, *Comm.* sur l'art. 293, note 1, c'est une véritable action en garantie qui peut s'intenter avant comme après l'action. (*Voy.* ce que nous avons dit de l'*action en dommages-intérêts,* Quest. 377.) Avant de l'intenter, la partie doit bien examiner deux choses : la première, si la nullité provient du fait de l'avoué; la seconde, si la nullité d'une ou de plusieurs dépositions lui a causé un préjudice quelconque. Voici comment s'exprime à ce sujet Favard, t. 2, p. 370, v° *Enquête,* sect. 2, § 1er, n° 6 : « La responsabilité des officiers ministériels, lorsque, par leur faute, une enquête est déclarée nulle, s'applique, à plus forte raison, au cas où une déposition isolée est seule annulée. L'art. 293, combiné avec les art. 292 et 1031, ne laisse aucun doute à cet égard; mais la responsabilité n'a lieu qu'autant que la partie contre laquelle la responsabilité est prononcée en éprouve un préjudice; car, lorsqu'elle n'en souffre pas, comme, par exemple, si l'enquête ou la déposition annulée ne prouve rien en sa faveur, à quel titre demanderait-elle des dommages et intérêts qui ne peuvent être que la réparation du tort qu'elle a éprouvé?]

1136. *Une partie pourrait-elle, après la confection de l'enquête, faire entendre des témoins sur de nouveaux faits par elle articulés?* [*Pourrait-on, en appel, obtenir le droit de faire une nouvelle enquête?*]

Nous avons dit, à la fin de la 966e *Question,* qu'il ne devait plus être permis d'articuler des faits nouveaux après le jugement d'appointement, et surtout après une enquête faite.

Cependant Rodier, Bornier et Jousse, sur l'art. 34 du tit. XXII de l'ordonnance, qui portait qu'après la signification de l'enquête on ne pourrait, en cause principale ou d'appel, faire entendre des témoins, admettaient une exception pour les cas où il s'agirait d'autres faits que ceux qui auraient fait l'objet de l'enquête. Alors, disent-ils, on peut, tant en première instance qu'en cause d'appel, faire ouïr de nouveaux témoins, parce que c'est plutôt une enquête différente qu'une continuation d'enquête.

Rodier cite des arrêts conformes à cette opinion, et auxquels on peut ajouter celui de la cour d'appel de Turin. (Voy. *Prat.*, t. 2, p. 159, et la *Jurisp. des cours souv.*, t. 3, p. 316.)

En rapportant cet arrêt, Coffinières dit que l'on déciderait aujourd'hui de la même manière, parce que la disposition des art. 1 et 2 du tit. XXII de l'ordonn. est répétée par les art. 255 et 257, C. de proc., et que l'art. 252 veut, comme l'art. 26 du tit. XI, que les faits à prouver soient articulés succinctement par un simple acte.

Malgré ces autorités respectables, nous doutons que l'on doive résoudre affirmativement la question ci-dessus posée, et nous disons, avec Duparc-Poullain, « que toute personne qui veut parvenir à la preuve par témoins doit avoir attention de *proposer ses faits avec toute l'étendue qu'elle veut donner à la preuve testimoniale.* La loi a voulu ôter aux parties tout prétexte de prolonger la procédure, et de *multiplier les enquêtes :* il est vrai qu'il peut en résulter des inconvénients; mais, répond Duparc, ils ne sont pas comparables à celui de la prolongation des procès; et, d'ailleurs, il est certain, en général, que le demandeur, qui a tout le temps de préparer ce qui est nécessaire pour l'établissement et l'instruction de ses droits, n'est pas excusable s'il a négligé de proposer en même temps quelque fait décisif, ou quelque chef de demande dont la preuve par témoins aurait été recevable (1). »

(1) Cette opinion nous paraît fondée, tant sur les dispositions du Code de procédure, qui fixent des délais de rigueur pour commencer et pour parachever l'enquête; que sur les raisons développées sur la 1131e *Question,* afin de prouver que, dans une deuxième enquête faite à l'occasion de celle qui aurait été annulée, on ne peut faire entendre de nouveaux témoins, en un mot, toutes ces dispositions du Code nous semblent présenter cette conséquence que le législateur a voulu qu'il n'y eût qu'une seule enquête dans un même procès. D'ailleurs cette volonté serait dictée par la justice; car une partie pourrait, à dessein de prolonger la contestation, et de fatiguer son adversaire, négliger de produire d'abord des faits pertinents et admissibles, pour les articuler soit après le jugement d'appointement, soit même après la confection d'une première enquête. Si l'on admet cet articulement de faits nouveaux, on ne trouvera pas de raison décisive pour en rejeter un second, un troisième, etc.; ainsi le procès ne finira point, et ainsi sera contrarié le but de la loi, qui est évidemment d'en hâter autant que possible la décision.

Du moins ne devrait-on admettre une partie à prouver de nouveaux faits qu'autant que ces faits seraient survenus depuis le jugement ou depuis la confection de l'enquête, ou peut-être encore lorsqu'il y aurait consentement respectif des parties. (*V.* les questions résolues sous l'art. 340.)

[Si l'on admettait sans examen, et par cela seul que la partie les alléguerait, les faits nouveaux dont elle n'aurait point rapporté la preuve dans la première enquête, il pourrait résulter de ce système d'intolérables abus qu'il appartient à la prudence des tribunaux de prévenir. Les enquêtes alors pourraient être multipliées à l'infini ; mais n'est-il pas aussi de la sagesse, du devoir des magistrats, de s'entourer, pour le jugement de la cause, de toutes les lumières qui peuvent être à leur portée, et de ne pas repousser les moyens de s'éclairer qui leur sont offerts, quoique tardivement, lorsqu'ils apprécient les justes, les indispensables motifs de ce retard? C'est ce qu'ont jugé les arrêts de cass. du 26 mai 1807 et Besançon, 9 avril 1808, rendus à la vérité en matière de divorce (*voy.* notre *Quest.* 966), et Turin, 15 mars 1806 ; Poitiers, 18 fév. 1825 (Sirey, t. 27, p. 261) ; et 7 janv. 1829 ; cass. du 15 juin 1836, et enfin, un jugement du tribunal de Saverne du 9 janv. 1829. (*J. Av.*, t. 38, p. 357.) Dalloz, t. 12, p. 530, n° 2, adopte cette opinion qu'est venu encore tout récemment confirmer un arrêt de la cour de Paris du 25 mai 1837.

Favard, v° *Séparation entre époux*, t. 5, p. 111, n° 2, va plus loin, et nous n'hésitons pas à le suivre. Il enseigne, avec raison, ce nous semble, que l'on est encore à temps de proposer des faits nouveaux sur l'appel ; l'arrêt précité de la cour de Poitiers le juge expressément, et ceux de Limoges, 15 janv. 1817 (Dalloz, t. 25, p. 39) ; Dijon, 11 fév. 1819, et Bordeaux, 29 déc. 1829, appliquent cette jurisprudence aux faits même antérieurs à l'introduction de l'instance. La raison en est, et elle nous paraît décisive, que l'art. 465, C. de proc., qui défend les demandes nouvelles en appel, n'interdit pas les moyens nouveaux ; or, une enquête ne pourra jamais être considérée que comme un moyen. Cependant Dalloz, t. 12, p. 530, n° 2, refuse de pousser jusqu'à ce point la conséquence de sa doctrine. Duranton, t. 2, n° 800, adopte l'opinion de Dalloz, et Vazeille, *Tr. du mariage*, t. 2, n° 582, se range au contraire à celle de Favard.

Quoique Dalloz, de l'opinion duquel nous nous écartons, en ce qui concerne les faits nouveaux sur l'appel, cite à l'appui de sa doctrine un arrêt de la cour de cass. du 18 avril 1821 (Sirey, t. 22, p. 183), nous ne craignons pas de nous emparer de cet arrêt pour établir une nuance qu'il nous paraît essentiel de bien faire saisir.

En effet, cet arrêt a jugé que le défendeur ne pouvait pas en appel obtenir la faculté de faire sa contre-enquête ; il a donc bien jugé, car nous n'allons pas jusqu'à permettre de réparer en appel les vices de la procédure d'enquête en première instance ; nous refusons à la cour le droit de permettre une enquête nouvelle sur les faits déjà soumis à l'enquête de première instance. Dans une affaire Decker (1) nous avions présenté un moyen de cassation fondé sur ce que la cour de Metz avait ordonné une seconde enquête dans la même affaire, sur les mêmes faits ; notre moyen de cassation paraissait fort grave à la cour ; néanmoins il fut rejeté par ce motif assez bizarre, qu'en première instance il avait seulement été permis de faire la vérification de l'écriture du testament tant par titres que par *témoins*, sans *articulation* précise ni admission de faits, tandis qu'en appel l'enquête devait porter sur des faits *articulés et précisés* ; de plus, la cour considéra que nos clients n'avaient élevé aucune fin de non-recevoir contre la demande d'enquête. On voit que la cour a craint de juger la question *in terminis*. C'est donc à son arrêt de 1821 qu'il faut se rattacher.]

[**1136 bis.** *N'est-il aucune exception à la règle qui prohibe de recommencer l'enquête nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier ?*

Thomine, n° 342, pose cette question, et la résout en disant qu'il lui paraîtrait naturel de faire fléchir la règle, lorsqu'il s'agit d'une cause qui intéresse l'ordre public, comme une séparation de corps, une inscription de faux, une question d'État, et dans laquelle surtout le recours contre l'avoué ou contre l'huissier serait illusoire, le dommage ne pouvant presque jamais être apprécié en argent.

Un arrêt de la cour de cass. du 8 juin 1808, qui l'a ainsi décidé en matière de divorce, ne peut néanmoins fournir aucune lumière sur la question, parce qu'il s'est fondé sur ce que la loi contenant un système complet en matière de divorce, on ne pouvait, sous aucun prétexte, appliquer à une cause de ce genre la procédure ordinaire.

Devons-nous adopter la solution de Thomine?

D'un côté les termes de la loi semblent si généraux, si formels, qu'on est porté à rejeter une semblable exception ; mais, d'autre part, la maxime que *la forme emporte le fond* nous paraît d'une application par trop sévère, et peut-être exorbitante, dans des causes aussi graves que celles où s'agitent des questions d'État et où se traitent des matières touchant de si près soit à l'ordre public, soit à l'intérêt social. Ce n'est cependant qu'en hésitant beaucoup que nous adoptons le sentiment de l'honorable professeur de Caen, quoiqu'il ait trouvé une consécration dans un arrêt rendu en matière de séparation de corps par la cour de la même ville, le 24 avril 1839.

---

(1) [Arrêt du 23 août 1831 (Sirey, t. 32, p. 316.)]

[Sous le n° 677 *bis*, nous avons envisagé cette question sous le rapport du pouvoir du juge ; ici nous ne la traitons que relativement au droit des parties.]

Art. 294. La nullité d'une ou de plusieurs dépositions n'entraîne pas celle de l'enquête.

Voyez les art. 260, 261, 262, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275 et 291 (1).

CCXLV. Cet article établit les distinctions que nous avons faites *suprà*, au commentaire de l'art. 292, entre les nullités qui frappent l'enquête en son entier, et celles qui ne l'annulent qu'en partie.

[**1136 ter.** *Lorsqu'une enquête dirigée contre plusieurs défendeurs est valable à l'égard de l'un et nulle à l'égard de l'autre, comment les résultats doivent-ils en être appliqués?*

Si l'objet du procès et de l'enquête est divisible, il n'y a point de difficulté ; celui à l'égard duquel la procédure est régulière subira les conséquences de la preuve faite contre lui ; celui vis-à-vis duquel la nullité a été commise en sera complétement affranchi.

Ainsi a-t-on été admis à prouver par témoins, contre deux héritiers, l'existence d'une dette contractée par leur auteur? Celui des deux contre qui la preuve a été régulièrement rapportée, a été tenu au payement de sa part dans la dette ; l'autre, à défaut de preuve, a été renvoyé de la demande. (Colmar, 25 août 1829; cass., 9 fév. 1836 ; Sirey, t. 36, p. 505.)

Mais que déciderons-nous s'il s'agit d'une matière indivisible ou solidaire? Déjà, au titre des *Jugements par défaut, Quest.* 645 *bis*, nous avons renvoyé au titre de l'*Appel, Quest.* 1565 ; c'est là que nous examinerons la difficulté, en procédure, des matières indivisibles et solidaires sous leur physionomie multiple ; et si nous ne prévoyons pas tous les cas, les principes que nous aurons posés serviront du moins à les résoudre.]

TITRE XIII.

DE LA DESCENTE SUR LES LIEUX.

« Les faits, disait, sur ce titre, l'orateur du » tribunat, ne sont pas toujours uniquement » confiés à la foi des témoins; il peut en exister » des preuves matérielles que les localités con» servent, et que le magistrat ne peut saisir » qu'à l'inspection des lieux : c'est ce qu'on » connaît sous la dénomination de *descente* » *sur les lieux*. »

La descente sur les lieux, qu'on appelle aussi *accès de lieu*, est le transport d'un juge, assisté du greffier, sur les lieux contentieux, pour les examiner, en saisir les points décisifs, et les recueillir dans un procès-verbal.

Les formalités de cette voie d'instruction sont aussi simples qu'économiques ; elles consistent dans la nomination d'un juge-commissaire (296), l'ordonnance par laquelle il fixe jour et heure (297), le procès-verbal (298), sa signification, et la poursuite de l'audience (299).

Il est à remarquer que le ministère public ne doit être présent à la descente que *lorsqu'il est partie* (300), et que l'on doit consigner d'avance les frais du transport du juge (301).

Art. 295. Le tribunal pourra, dans les cas où il le croira nécessaire, ordonner que l'un des juges se transportera sur les lieux ; mais il ne pourra l'ordonner dans les ma-

---

(1) JURISPRUDENCE.

[1° Lorsqu'une enquête a été validée par un jugement en dernier ressort, la cassation de ce jugement entraîne la cassation de celui qui aurait été rendu sur le fond, par suite et en conséquence de l'enquête. Cette décision a lieu encore qu'il soit prétendu que le jugement sur le fond se soutient par d'autres preuves que par celles résultant de l'enquête. Apprécier le mérite de cette défense serait, de la part de la cour de cassation, entrer dans l'examen des faits, contre la loi de son institution. (Cass., 13 oct. 1812 ; Dalloz, t. 3, p. 398 ; Sirey, t. 13, p. 112.)

2° Si un témoin, dont l'audition est prohibée par la loi, a été entendu, l'enquête ne doit être annulée que pour cette audition et pour celles qui lui seront postérieures. (Cass., 4 juill. 1828 ; Sirey, t. 28, p. 257.)

3° La nullité de la partie de l'enquête faite hors du délai légal ne vicie que cette partie, et n'influe nullement sur celle faite dans le délai de la loi. (Cass., 17 décembre 1823 ; Dalloz, t. 12, p. 542 ; Sirey, t. 24, p. 241.)

4° Lorsqu'un juge de paix chargé d'une enquête en a mal à propos prorogé le délai, cette irrégularité n'entraîne pas la nullité complète de l'enquête, mais seulement de la partie de l'enquête qui a été faite hors des délais légaux. (Grenoble, 27 août 1839.)]

tières où il n'échoit qu'un simple rapport d'experts, s'il n'en est *requis* (1) par l'une ou par l'autre des parties.

Ordonn., tit. XXI. art. 1er, et *suprà,* art. 42. — C. pr., art. 41, 296, 302 et suiv. — Devilleneuve, vo *Descente sur les lieux,* nos 6, 7, 11, 12, 13, 16 et 28. — Carré, *Compétence,* 2e part., liv. Ier, tit. Ier, ch. 1er, art. 14, *Q.* 46. — Locré, t. 9, p. 231 et 293. — (*Voy.* FORMULE 255.)

CCXLVI. Ou la descente sur les lieux est indispensable, et alors le tribunal doit l'ordonner d'office, ou elle peut n'avoir d'autre objet que de suppléer à l'inobservation des experts, et alors elle ne peut être ordonnée que sur la réquisition des parties.

On la juge ordinairement nécessaire, lorsqu'il s'agit de reconnaître un droit de servitude ou d'en régler l'usage, d'appliquer des titres à des localités, de lever des doutes que laisse un rapport d'experts précédemment fait, et d'autres cas semblables.

Mais si la matière du litige est assez peu compliquée pour qu'un simple rapport d'experts doive évidemment suffire; si, par exemple, il ne s'agit que d'arpenter un champ, estimer un ouvrage, diviser un immeuble, fixer le montant d'une restitution de fruits, vérifier la qualité, culture, plantation, détérioration et amélioration d'une terre, des réparations faites ou à faire à un bâtiment, l'exécution d'un devis; en un mot, s'il s'agit de vérifier un fait simple, et dont les circonstances ne sont ni diversement saisies, ni diversement interprétées, le tribunal semblerait devoir se dispenser d'ordonner la descente, pour s'en tenir à nommer des experts, conformément aux dispositions du titre suivant (2). (Voy. *Quest.* 1138.)

1137. ***Dans quel cas n'échoit-il qu'un simple rapport d'experts ?***

C'est un principe général, que le juge ne peut jamais faire la fonction d'expert, quelque talent qu'il ait, d'ailleurs, pour toutes les opérations qui sont du ministère des experts.

[Voir, au contraire, notre *Quest.* 1155 *bis.*]

Ainsi, à l'exception des apurements que le juge peut donner sur ce qu'on peut connaître par la seule inspection des choses, sans mesurage et sans aucune connaissance que celle que toute personne peut avoir, il faut nécessairement que les apurements soient donnés au juge par des experts.

C'est dans ces cas que le tribunal ne peut ordonner une descente sur les lieux qu'autant qu'il en est requis par l'une ou par l'autre des parties.

[Mais, comme la loi n'a point fixé et que même elle ne pouvait fixer la ligne de démarcation entre les cas où il échoit et ceux où il n'échoit pas un rapport d'experts, il est bien difficile qu'un jugement puisse être annulé pour avoir violé cette disposition. Aussi la jurisprudence n'en offre-t-elle pas d'exemple. Cette observation est faite par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 551; Dalloz, t. 9, p. 144, no 1, et Beriat, *h. t.*, no 3. Au reste, ces auteurs, ainsi que Merlin, *Rép.*, vo *Descente,* p. 604; Thomine, t. 1, p. 497 et 498, et Favard, t. 2, p. 76, no 1, s'accordent pour donner, de l'un et de l'autre cas, à peu près les mêmes exemples que Carré.

Thomine, no 346, enseigne même que le tribunal peut cumuler le rapport d'experts et la descente, lorsqu'il en est requis par l'une des parties, dans ce sens que, si cette partie croit la présence d'un juge nécessaire pour diriger l'opération des experts, veiller à ce qu'ils aient égard aux observations et réquisitions qui leur seraient faites, et enfin à ce qu'ils remplissent exactement leur mandat, le tribunal peut donner cette commission à l'un des membres. Il ne faut pas assimiler cette confusion des deux opérations qui nous paraît permise, si l'on se reporte à la généralité des termes de notre article, avec la descente d'un juge accompagné d'un homme de l'art. Ce n'est là qu'une descente et non une descente et une expertise, comme l'a jugé, avec raison, la cour de Colmar, le 26 juin 1828 (Sirey, t. 29, p. 31.) — *Voy.* du reste, au titre de l'*expertise*, notre *Question* 1155 *bis.*]

1138. ***Si le juge, dans une matière où il n'échoit qu'un simple rapport d'experts, est requis de descendre sur les lieux, est-il tenu de déférer à cette réquisition?***

Sallé, l'un des commentateurs de l'ordonnance de 1667, décide négativement cette question; et l'on peut dire, ajoute Rodier, sur l'art. 1er du tit. XXI de cette ordonnance, que les juges, sans souscrire aveuglément à la fantaisie d'une partie, doivent considérer si la descente est nécessaire.

Delaporte, t. 1, p. 289, estime que si la partie qui demande la descente du juge n'allègue aucun moyen raisonnable pour la déterminer, il ne paraît pas que le juge soit dans l'obligation de l'accorder.

---

(1) *Requis.* L'ordonnance de 1667 obligeait la partie qui voulait requérir la descente à le faire par écrit. Notre article n'exige pas expressément cette formalité, et le tarif ne contient aucune taxe à cet égard, d'où il faut conclure qu'il suffit, à la rigueur, que la réquisition soit mentionnée dans le jugement.

(2) Cependant, comme le remarque Berriat, note 3, l'art. 295 est conçu en tels termes qu'on peut dire que la nécessité de l'accès est à peu près laissée à l'arbitrage du juge. L'art. 1er de l'ordonnance, où on l'a puisé, offrait le même résultat; et quoi qu'en dise Rodier sur cet article, le procès-verbal (*voy.* tit. XVIII, article 1er) n'avait point levé la difficulté.

Rodier, après s'être exprimé comme nous venons de le dire, donne lui-même quelques raisons qui pourraient porter à adopter l'opinion contraire, que Jousse, sur l'art. 1er du tit. XXI de l'ordonn., et Duparc-Poullain, t. 9, p. 471, n° 4, admettent formellement, en disant que si le juge est requis d'ordonner la descente, *elle ne peut être refusée.*

Dans ce conflit d'opinions, nous estimons que l'art. 295 n'impose point au juge l'obligation rigoureuse de déférer à la réquisition de la partie. Il nous semble que ces termes, *il ne pourra l'ordonner, s'il n'en est requis par l'une ou par l'autre des parties,* ne signifient autre chose, si ce n'est qu'il *ne peut ordonner la descente d'office.*

[Cette opinion, que nous partageons, est aussi celle de Favard, t. 2, p. 76, n° 1; Dalloz, t. 9, p. 145, n° 3; Berriat, n° 3. La descente sur les lieux est en effet une voie d'instruction qui, comme telle, doit être laissée, dans son exercice, à la discrétion du juge. L'arrêt de Colmar, cité sur la précédente question, peut fortifier cet avis, qui paraît avoir été adopté sous l'ancienne jurisprudence. En effet, Merlin, *Rép.*, v° *Descente sur les lieux,* rapporte un arrêt du parlement de Paris du 23 avril 1785, qui a jugé que quand un tribunal a sous les yeux deux rapports d'experts qui s'entre-détruisent, il n'est pas pour cela tenu, quoiqu'il en soit requis, d'ordonner une descente sur les lieux.]

1139. ***Aux frais de qui se fait la descente, dans l'espèce de la précédente question ?***

Un arrêt du parlement de Paris du 22 février 1732 a décidé que c'est aux frais de la partie qui la requiert, puisque la loi, en défendant en général qu'elle ait lieu dans les matières où il n'échoit qu'un simple rapport d'experts, ne l'autorise évidemment que dans l'intérêt de la partie qui la demanderait. (*Voy.* Denisart et le *Rép.*, au mot *Descente de juges;* les *Questions* de Lepage, p. 205, et le Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 255) (1).

[Boncenne, n° 368, semble adopter sans restriction cet avis. (Voir nos observations sur la note.)]

1140. ***La descente doit-elle être requise par écrit?***

Les auteurs du *Praticien,* t. 2, p. 215, répondent qu'elle doit être requise par requête communiquée à l'autre partie; et Pigeau, t. 1, p. 352, dit, au contraire, que, le Code ne prescrivant aucune forme pour cette réquisition, le tribunal est suffisamment autorisé à l'ordonner, d'après la demande que la partie lui en aurait faite à l'audience.

[Nous croyons cette opinion d'autant plus conforme à l'esprit de la loi, qu'elle tend à diminuer la procédure et les frais.

D'ailleurs le tarif ne taxe point de requête à cet effet. La réquisition pourrait donc avoir lieu à l'audience, auquel cas le jugement la constaterait. C'est aussi l'opinion de Favard, t. 2, p. 76, n° 1; Dalloz, t. 9, p. 145, n° 13, et Boncenne, n° 367. Berriat, *h. t.*, n° 6, émet l'avis contraire sans en donner de raisons.]

1141. ***Un jugement motivé sur une visite du lieu contentieux, faite d'office par le***

---

(1) Mais l'arrêt que nous venons de citer peut avoir été déterminé par des circonstances particulières : ne serait-il pas injuste d'en faire une règle générale?

Si la descente est demandée par une partie et contestée par l'autre, et que le juge l'ordonne, il décide que la descente est utile ou nécessaire pour le jugement du procès : ne doit-il pas en être alors des frais de la descente du juge comme de ceux d'une expertise ou d'une enquête, et comme de tous les autres frais d'instruction?

Si la descente du juge, demandée par une partie, n'est pas contestée par l'autre, il y a au moins consentement tacite de celle-ci. Les deux parties sont censées approuver cette descente et espérer d'en profiter : ne sont-elles pas censées consentir, par cela même, à en mettre les frais sur la même ligne que tous les autres frais d'instruction, et à les faire tomber sur la partie qui succombera en définitive?

S'il est vrai, en général, que la descente du juge, demandée par une partie, peut et doit n'être pas accordée, si le juge croit qu'elle est inutile, il la croit utile pour l'instruire de la vérité lorsqu'il se porte à l'ordonner. Or, pourquoi obliger une des parties à supporter seule, et en tout événement, les frais d'un genre d'instruction que la loi permet, et que le juge estime utile ou nécessaire pour éclairer sa religion et pour assurer le triomphe de la bonne cause?

La loi ancienne et la nouvelle veulent que la partie qui requiert la descente du juge en avance et consigne les frais; elles ne disent rien de plus; l'art. 301, C. pr., s'applique également aux deux dispositions de l'article 295 : pourquoi donc faire une distinction que la loi ne fait pas? C'est la partie qui succombe en définitive qui supporte les frais de la descente du juge, ordonnée d'office par le tribunal : pourquoi n'en serait-il pas de même de la descente que le tribunal juge à propos d'ordonner, sur la demande d'une des parties, dans le cas où il n'échoit qu'un simple rapport d'experts? N'y a-t-il pas, dans les deux cas, même raison de décider, puisque, dans l'un comme dans l'autre, le tribunal n'ordonne la descente du juge que parce qu'il la croit utile pour l'intérêt de la vérité et de la justice? (*V.* Jousse, sur l'art. 5 du tit. XXI de l'ord.)

[Sans qu'il soit besoin de rien ajouter, les raisons de Carré nous paraissent déterminantes. Cependant l'opinion contraire est professée par Merlin, *Répert.*, v° *Descente sur les lieux,* p. 605; Delaporte, t. 1, p. 289; Lepage, p. 205; Dalloz, t. 9, p. 147, n° 20; Thomine, n° 351, et Boncenne, n° 368. Nous ne comprenons pas où ces auteurs ont pu trouver un motif solide de décider, en matière de descente, autrement qu'on ne le fait pour toute autre voie d'instruction. Voit-on nulle part que la loi mette une procédure à la charge d'une partie, parce qu'elle aurait été ordonnée dans son intérêt, ou qu'elle seule en aurait profité?]

tribunal entier, est-il nul, si cette visite n'a pas été ordonnée par jugement et constatée par procès-verbal?

Dans cette circonstance, les juges peuvent être considérés comme ayant exercé les fonctions d'experts, ce qui ne leur est pas permis, ainsi que nous l'avons dit sur la 1137e *Question*.

Une semblable visite prouverait, à la vérité, le zèle des juges; mais on ne pourrait néanmoins regarder que comme très-irrégulier le transport arbitraire d'un tribunal entier qui n'aurait été ni requis par les parties, ni ordonné par un jugement, et dont il n'existerait pas de procès-verbal.

D'ailleurs, les parties ne pourraient avoir connaissance des observations faites par les juges, ni faire entendre elles-mêmes leurs réflexions et leurs objections, relativement aux motifs qui détermineraient le jugement à intervenir.

Si donc ces observations et ces motifs, dont les parties n'auraient pas eu connaissance, servaient de base à un jugement, ce jugement devrait être annulé.

C'est ainsi que la cour d'Agen s'est prononcée, dans un arrêt du 7 déc. 1809. (*Voy.* Sirey, t. 10, p. 328; Dalloz, t. 9, p. 148) (1).

[La position de la question suppose que la descente du tribunal entier sur les lieux serait une mesure parfaitement régulière, pourvu qu'elle eût été préalablement ordonnée, et qu'on l'entourât de toutes les formalités prescrites par le titre qui nous occupe. Cependant ce point est déjà fort contesté, à cause de la disposition de l'art. 296, qui semble exiger qu'un seul juge soit commis pour l'opération. Mais comme cette disposition ne paraît avoir pour but que d'économiser les frais, et que d'ailleurs le transport du tribunal entier peut avoir les meilleurs résultats, nous croyons que lorsque le tribunal consent, par un zèle louable, à procéder en corps à la descente et sans frais, parce que les lieux à vérifier sont peu éloignés, cette conduite, de sa part, doit être approuvée, et telle est l'opinion de Berriat, *hoc tit.*, n° 9, Favard, t. 2, p. 76, n° 1. C'est aussi ce que la cour de cassation a expressément jugé dans une espèce où il y avait eu jugement préalable ordonnant la descente, indiquant le jour et l'heure, et invitant les parties présentes à l'audience à s'y rendre, si bon leur semblait. Cet arrêt de la section des requêtes est sous la date du 9 fév. 1820 et rapporté par Dalloz, t. 9, p. 149. La même doctrine résulte implicitement de tous les arrêts cités plus bas, qui n'annulent des jugements reposant sur les résultats d'une pareille descente, que parce qu'elle n'avait pas été préalablement ordonnée. Ces dernières décisions sont-elles bien fondées? Est-il nécessaire, pour que le tribunal puisse motiver son jugement sur la visite, par lui faite, des lieux contentieux, qu'il ait été d'abord rendu un jugement préparatoire à cet effet? On peut dire, pour la négative, et en répondant aux raisons données par Carré, que cette opération ne pourrait être qualifiée d'expertise, qu'autant que les juges s'y seraient livrés à des opérations sur la nature des lieux, la qualité de leurs produits, etc.; qu'il importe peu que les parties n'aient pas été mises en demeure d'y assister; que cette raison pourrait avoir quelque poids si l'une des deux y eût été appelée et non pas l'autre, ou bien si un seul juge avait fait la visite, auquel cas on pourrait craindre le résultat des impressions que son rapport ferait sur ceux qui ne se seraient point rendus sur les lieux; mais que, lorsque le tribunal entier s'y est transporté, une plus grande garantie ne saurait être offerte aux parties; qu'il n'a point caché ses pas, agi dans l'ombre; qu'il ne saurait dès lors lui être interdit de s'appuyer dans son jugement sur ce qu'il a vu. Tels sont les arguments par lesquels Dalloz, t. 9, p. 149, à la note 3, essaye de combattre la décision de la cour d'Agen, qu'invoque Carré. On peut dire encore qu'un simple avis donné à l'audience paraît suffisant pour que les parties ou leurs avoués soient mis en demeure d'assister à la visite (2), et que les art. 195 et 196 ne prononcent point de nullité, comme l'a dit l'arrêt du 9 fév. 1820, cité plus haut; enfin qu'il n'est pas défendu aux juges de prendre eux-mêmes des renseignements sur les lieux, suivant les termes d'un autre arrêt de la chambre des requêtes, du 21 juillet 1835, qui consacre le même principe.

---

(1) Que cette décision paraisse rigoureuse, surtout après la lecture des moyens qu'employait la partie intéressée à maintenir le jugement, nous la croyons néanmoins conforme à l'esprit de la loi, qui assujettit la descente à des règles et à des formalités qui fournissent aux parties les moyens de faire des observations au juge qui y procède, et de prévenir de sa part des erreurs auxquelles il pourrait être exposé par la simple inspection des lieux. Au surplus, nous remarquerons que la loi de procédure de Genève donne au tribunal la faculté de se transporter sur les lieux, et même d'y rendre jugement, comme on le pratique parmi nous en justice de paix. (*V.* ci-après *Quest.* 1152.)

(2) [Nous devons reconnaître que c'est ainsi que procède toujours le tribunal de Toulouse, qui a l'habitude de se transporter en corps sur les lieux contentieux situés dans la ville et quelquefois même au dehors, et de motiver ses jugements sur les connaissances qu'il acquiert par ces visites: on ne les a pas encore attaqués pour cette irrégularité.

Nous pourrions citer l'usage suivi à cet égard par beaucoup d'autres tribunaux, et notamment à la cour de Paris.]

L'honorable président du tribunal de Tours, Carré, dans son ouvrage sur la taxe, que nous avons reçu après notre travail, s'élève avec chaleur, p. 114, contre l'opinion de son homonyme qui lui paraît être un déni de justice pour le pauvre, et il cite l'arrêt du 21 juillet 1835 qui consacre son sentiment.

La chambre criminelle de la cour de cassation nous paraît incliner pour une solution diamétralement opposée : par trois arrêts rendus sur le pourvoi formé contre des jugements de simple police, l'un le 11 juin 1830, les deux autres les 13 nov. et 6 déc. 1834 (Sirey, t. 35, p. 191), elle a cassé ces jugements, par la raison pris de ce qu'ils étaient motivés sur la visite des lieux contentieux faite par le juge, quand rien n'établissait que ce transport eût été préalablement ordonné, ni que les parties eussent été présentes ou appelées.

D'autres principes doivent-ils être admis en matière civile? Le juge appelé à prononcer sur des intérêts pécuniaires n'est-il pas également exposé à recevoir de fausses impressions, en examinant les lieux contentieux hors la présence de toutes les parties intéressées? Ne peut-il pas être abusé par les rapports inexacts ou perfides de tierces personnes, dévouées peut-être à l'une des parties? Aucune loi, dit-on, ne défend aux magistrats de se transporter sur les lieux contentieux. Cela est vrai; le législateur, bien loin de défendre ce transport, l'autorise expressément; seulement il le soumet à l'accomplissement de certaines formalités qui, dans l'espèce de l'arrêt de cassation, n'ont pas été accomplies. Si c'est dans une contestation portée devant un tribunal de paix que l'examen des lieux est nécessaire, le transport doit être ordonné par un jugement préalable, l'opération a lieu en présence des parties, et il doit en être dressé procès-verbal, dans les causes sujettes à l'appel. (Art. 41 et suiv., C. de proc.) Si c'est devant un tribunal de première instance, le transport est également ordonné par un jugement; les parties sont sommées d'assister à la visite à jour et heure indiqués; un procès-verbal est non-seulement dressé, mais encore signifié par la partie la plus diligente. (Art. 296, 297, 299, C. de proc.) Nous ne voyons aucune raison de se départir de ces formes, lorsque plusieurs magistrats, au lieu d'un, ou même tous les magistrats composant le tribunal veulent examiner les lieux par eux-mêmes.

Les intérêts des parties ont besoin d'être défendus, dans un cas comme dans l'autre, contre les surprises qui pourraient être faites à la religion de leurs juges; il faut admettre, pour ne pas tomber dans l'arbitraire, ou bien qu'une descente de lieux, faite autrement que par un juge délégué, conformément à l'art. 295, C. de proc., est une procédure illégale qui ne doit pas être employée, ou bien qu'elle doit être soumise aux mêmes formalités que s'il y avait eu délégation.

Un arrêt de la cour de Riom du 14 mars 1834, un autre de la cour de Rouen du 26 mai 1838, et deux de la cour de cassation, le premier rendu le 4 janv. 1839, par la chambre criminelle, sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin; le second, le 16 janv. 1839 (Sirey, t. 39, p. 112), par la chambre civile, sont encore venus confirmer cette doctrine, qu'embrassent Berriat, n° 9, et Favard, t. 2, p. 76, n° 1. Thomine, n° 346, refuse absolument au tribunal la faculté de se transporter sur les lieux, ou du moins de motiver son jugement sur le résultat de sa visite, alors même que les formalités auraient été remplies. Boncenne, n°s 373 et suiv., ne paraît pas éloigné de ce sentiment; Dalloz, *loc. cit.*, t. 9, p. 145, n° 7, adopte l'extrême opposé (1).

Peut-être existe-t-il un moyen de tout concilier, l'intérêt du pauvre et les formes prohibitives du droit.

Si les descentes clandestines d'un tribunal entier paraissent dangereuses, tout inconvénient disparaît devant le consentement des parties; ce n'est pas là une de ces formalités d'ordre public auxquelles nulle modification ne puisse être apportée. Que le tribunal, qui veut descendre tout entier, ordonne la comparution des parties et obtienne leur consentement (2).

On objectera que ce jugement entraîne des frais; mais dans quel système ne peut-on pas trouver un inconvénient? Le plus grave à nos yeux est de voir des magistrats, même avec les intentions les plus pures, violer la loi et méconnaître des principes qui servent de fondement à la loyauté et à la sécurité des débats judiciaires.]

Art. 296. Le jugement commettra l'un des juges qui y auront assisté.

Ordonn., tit. XXI, art. 24. — Locré, t. 9, p. 231. — (*Voy.* Formule 255.)

CCXLVII. Le motif de cette disposition est facile à saisir; le juge qui a concouru à ordonner la descente est instruit d'avance des causes

(1) [Le 3 janv. 1812, la cour de Metz a résolu une question qui a de l'analogie avec celle-ci, en décidant que la nomination de plusieurs juges-commissaires opérant ensemble pour une descente sur les lieux, ne vicie pas la procédure qui l'a suivie, et ne peut suffire pour annuler le procès-verbal qui a été dressé. Cette décision ne nous paraît pas contraire aux principes.]

(2) [Dans son arrêt du 14 mars 1834 (Sirey, t. 34, p. 549), cité plus haut, la cour de Riom a prononcé que le mode de procéder du tribunal qui avait rendu le jugement, loin de diminuer les frais, les avait augmentés, puisqu'en l'absence de tout document écrit, cette cour était obligée d'infirmer.]

qui la rendent nécessaire. Un autre juge ne pourrait pas aussi bien que lui provoquer et recueillir tous les renseignements utiles pour la décision de la cause.

1142. *Dans un procès instruit par écrit, le juge-rapporteur peut-il être nommé commissaire, et le commissaire peut-il être choisi indifféremment parmi les juges, sans qu'on suive l'ordre du tableau?*

L'art. 2 du tit. XXI de l'ordonn. défendait de nommer le rapporteur dans les cours et aux requêtes de l'hôtel du Palais, et l'usage était de garder l'ordre du tableau, à commencer par le premier d'entre les juges qui avaient assisté à l'audience.

Aujourd'hui, la généralité des expressions de l'art. 296 s'oppose tout à la fois et à l'exclusion du juge-rapporteur, et à ce qu'on suive nécessairement l'ordre du tableau. (Voy. *Rép.*, vº *Descente de juges*, p. 586.)

[Cette opinion incontestable est partagée par Favard, t. 2, p. 76, nº 2; Dalloz, t. 9, p. 145, nº 7; Demiau-Crouzilhac, p. 233, et Thomine, nº 348.]

1143. *Le juge nommé commissaire pourrait-il se faire remplacer par un autre juge?*

Le commissaire doit être nommé par le jugement qui ordonne la descente. Il s'ensuit que, s'il ne veut ou ne peut pas la faire, il ne peut en nommer un autre à sa place. La subrogation d'un nouveau commissaire ne peut donc être faite que par le tribunal. (*Voy.* Duparc, t. 9, p. 475, et les autorités citées par Jousse, sur l'art. 4 du tit. XXI de l'ordonn.)

[Cet avis est encore adopté par Dalloz, t. 9, p. 145, nº 12, et Thomine, nº 347.]

1144. *Le tribunal pourrait-il, d'après l'article* 1035, *commettre un tribunal voisin ou un juge de paix?*

Le détail que présente l'art. 1035, de certaines opérations pour lesquelles il autorise les juges à commettre un tribunal voisin ou un juge de paix, etc., n'est pas exclusif de la faculté de décerner une semblable commission dans d'autres circonstances. C'est ce qui résulte de ces expressions: *Et généralement de faire une opération quelconque en vertu d'un jugement.*

La descente sur les lieux est donc implicitement comprise dans la disposition de l'article 1035.

C'est aussi ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Bordeaux du 15 mars 1809. (Dalloz, t. 9, p. 147.)

Il suit de cet arrêt que l'art. 296 n'exprime autre chose, si ce n'est que le tribunal qui ordonne une descente est bien *tenu, lorsqu'il commet à cet effet un de ses membres, de ne le choisir que parmi ceux qui ont coopéré au jugement,* mais qu'il n'en est pas moins libre de commettre un juge étranger, dans le cas prévu par l'art. 1035.

[Quoique la descente sur les lieux ait, sous beaucoup de rapports, les mêmes caractères que les autres voies d'instruction, elle en diffère essentiellement néanmoins sous ce point de vue qu'elle a été introduite pour donner au juge un moyen de s'éclairer par lui-même, et sans avoir besoin de recourir aux renseignements de tierces personnes, comme des experts, des témoins, etc. C'est dans cet esprit qu'a été conçue la disposition de l'art. 296, d'après laquelle le juge commis doit être l'un de ceux qui ont rendu le jugement, un juge initié aux secrets de la délibération, qui emporte avec lui la pensée du tribunal entier, pour diriger ses observations sur les points qui ont paru au tribunal susceptibles de doute; et, comme il est certain que le transport du tribunal entier rentrerait d'autant mieux dans l'intention de la loi, nous avons cru devoir, sur la *Question* 1141, déclarer cette mesure parfaitement régulière.

Il faut donc en convenir: le vœu du législateur ne sera point complétement rempli, lorsque, au lieu d'envoyer un de ses membres, le tribunal déléguera un juge de paix ou un juge étranger; car alors les lumières qui jailliront de leur procès-verbal ne parviendront aux magistrats que par de tierces personnes; il n'y aura pas, dans leur décision, cette spontanéité de conviction qui ne peut résulter que d'un examen et d'une inspection personnels; et pourtant c'est à une conviction de ce genre que tendait le législateur lorsqu'il a autorisé la descente sur les lieux.

Faut-il en conclure que la solution de Carré, qui obtient l'assentiment de Favard, t. 2, p. 77, nº 2, ne soit pas exacte, et qu'il faille toujours déléguer, pour la descente sur les lieux, un des juges qui ont assisté au jugement, quand même ces lieux seraient situés hors du ressort du tribunal dont il fait partie?

Non, sans doute; car un principe d'ordre public, un principe d'organisation et de compétence, que nous avons établi sur la *Question* 988 *bis*, t. 2, p. 516, s'y oppose formellement: un juge ne peut jamais exercer ses fonctions hors de son ressort.

Toutes les fois donc qu'il sera possible de charger de l'opération un juge qui aura assisté au jugement, il sera bon, il sera conforme à l'esprit de la loi, d'agir ainsi; mais, lorsqu'il y aura impossibilité, par exemple dans le cas que nous venons de citer, il faudra bien déléguer un tribunal, un juge étranger, un juge de paix.

On dira peut-être, en s'appuyant des principes que nous venons d'exposer, qu'en agissant de la sorte on change le caractère légal

de la mesure, qu'on lui fait perdre celui d'une descente sur les lieux, qu'on la fait ressembler plutôt à une expertise ou à une commission rogatoire? Nous en convenons, avec Delaporte, t. 1, p. 289; Thomine, n° 347, et Dalloz, t. 9, p. 145, n° 10 : nous ajoutons même, contrairement à l'avis de ce dernier auteur, que la différence n'est pas seulement dans les mots, qu'elle est dans le fond des choses, puisqu'elle intéresse la manière dont se formera la conviction du juge, ou spontanée d'après ses propres remarques, ou suggérée par les remarques d'autrui. Mais, sous le rapport de la forme extérieure, la différence n'existera pas, on procédera de la même manière; nulle raison, par conséquent, pour changer de nom.

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 552, fait une autre distinction qui laisse subsister la difficulté que nous avons voulu lever. « Si un rapport d'experts ne suffit pas, dit-il, le tribunal ne peut choisir le commissaire hors de son sein; s'il s'agit de matières où un rapport d'experts serait suffisant, il peut déléguer un juge étranger. »

Quant à nous, nous préférons convenir qu'il ne peut pas y avoir de véritable descente, dans le sens légal de ce mot, dans l'esprit des dispositions du titre qui nous occupe, lorsque le lieu contentieux est situé hors du ressort, que d'enseigner, avec Pigeau, Dalloz, *loc. cit.*, et Boncenne, n° 369, qu'un juge peut instrumenter en dehors de ce ressort; et de faire par là, comme ce dernier auteur n'hésite pas à l'avouer, une véritable *violence* aux règles de la compétence.]

1145. ***Les faits à vérifier doivent-ils être précisés dans le jugement qui ordonne la descente?***

Nonobstant le silence de la loi sur ce point, nous ne doutons pas que le jugement ne doive contenir les faits à vérifier, de même que celui qui ordonne un rapport d'experts doit énoncer clairement les objets de l'expertise. Il faut bien déterminer l'objet et les limites de la commission du juge; autrement il serait à craindre qu'il ne se livrât à des apurements inutiles, et qui pourraient d'ailleurs donner lieu à de nouvelles discussions entre les parties.

[Nous croyons qu'il faut distinguer le cas où le tribunal commet un de ses membres, de celui où il délègue un juge étranger. (*Voy.* la *Question* précédente.) Il y a une différence notable entre les deux hypothèses. Dans la première, le tribunal se transporte lui-même pour faire l'examen des lieux; dans la seconde, il charge des tiers de les vérifier et de lui en rendre compte. Ici donc, il est nécessaire que les points à examiner soient clairement énoncés dans le jugement qui contient commission; là c'est inutile, parce que le commissaire est initié au secret de la délibération. Il serait même dangereux quelquefois, ajoute Thomine, n° 347, de faire savoir aux parties ce qui embarrasse la décision; elles pourraient faire disparaître des traces que l'on a dessein de remarquer; l'opinion du tribunal ou du commissaire pourrait être plus aisément pressentie.

Sans doute ce danger peut exister quelquefois; mais il est inévitable lorsque le tribunal ne peut choisir le commissaire dans son sein.]

[**1145 bis.** ***Est-il nécessaire que le magistrat qui a fait la descente assiste au jugement rendu par suite de son procès-verbal?***

La cour de cassation a jugé la négative, le 2 janv. 1834. Aucune nullité n'étant prononcée en cette matière, nous pensons que cette décision ne viole pas la loi. Cependant il serait plus conforme à l'esprit de la loi que le juge-commissaire assistât au jugement. S'il n'y assiste point, les juges ne seront éclairés que par son procès-verbal qui est un rapport muet, et qui sera pour eux quelque chose d'étranger; tandis que, s'il venait rendre compte de vive voix des impressions qu'il a reçues, on pourrait dire alors, jusqu'à un certain point, que le tribunal a vu les objets par ses propres yeux. On conserverait ainsi beaucoup mieux à l'opération le caractère d'une descente, qui, dans l'autre système, se changerait, ce nous semble, en une véritable expertise. Nous pensons que le procès-verbal est dressé plutôt dans l'intérêt des parties, afin de fixer leur discussion, que pour éclairer les magistrats; ceux-ci, d'après nous, ne doivent régulièrement puiser les éléments de leur sentence que dans un rapport oral fait dans la chambre du conseil. Tel est le vœu du législateur, ainsi que cela résulte de la discussion. (Locré, t. 9, p. 231.)]

Art. 297. Sur la requête de la partie la plus diligente, le juge-commissaire rendra une ordonnance qui fixera les lieu, jour et heure de la descente; la signification en sera faite d'avoué à avoué, et vaudra sommation.

Tarif, 70, 76, 92. — [Tar. rais., nos 217 et 218.] — Ord., tit. XXI, art. 26. — Locré, t. 9, p. 232. — (*Voy.* Formules 256, 257 et 258.)

CCXLVIII. Sous l'empire de l'ordonn. de 1667, le juge-commissaire, sur la réquisition de la partie la plus diligente, ouvrait un procès-verbal constatant ce réquisitoire, la représentation du jugement qui avait ordonné l'enquête (voy. *Quest. suiv.*), et l'ordonnance qu'il rendait pour fixer les lieu, jour et heure de la descente. On voit que le Code, par la disposition qui précède, a beaucoup simplifié cette procédure, et n'a exigé que ce qui est essentiellement utile.

1146. ***Le jugement qui ordonne la descente ne doit-il pas être levé et signifié à la partie adverse, et l'expédition être jointe à la requête adressée au commissaire en fixation de jour et de lieu?***

L'art. 6 du tit. XXI de l'ordonnance voulait, comme nous l'avons dit au commentaire ci-dessus, que le jugement qui ordonnait la descente fût servi au juge-commissaire. Le Code n'exige qu'une requête (voy. le *Tarif*, art. 70), afin d'obtenir l'ordonnance de ce juge; mais ne faudra-t-il pas au moins signifier le jugement à la partie adverse? Thomine, p. 156, édit. in-8°, résout affirmativement la question : *Le jugement signifié*, dit-il, *la partie présente requête*, etc. Les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 217, et Demiau, p. 125, sont d'une opinion contraire.

Mais il faut remarquer ici que la cour d'appel de Trèves, dans ses observations sur le projet, élevait la question qui nous occupe, et que le législateur ne s'est pas expliqué davantage. De là ne doit-on pas conclure que le jugement ne doit être ni levé, ni signifié; en sorte que, le jour même de la prononciation, l'on pourrait, comme le dit Demiau, présenter la requête au juge-commissaire?

Nous sommes de l'avis de Thomine, sur la nécessité de lever le jugement et de le signifier. Le silence du législateur sur l'observation de la cour de Trèves, relative à ce point de forme, n'est point une conjecture qu'il l'ait improuvée; il a pu envisager cette formalité comme allant de droit, sans disposition; et, en effet, si le tribunal a ordonné d'office qu'un de ses membres se transportera sur les lieux, le jugement indiquera sans doute quelles seront les vérifications à faire par ce juge : il deviendra donc nécessaire que le commissaire ait ce jugement sous les yeux.

[Nous avons adopté cette opinion dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 295, n° 8, et nous y persistons. Favard, t. 2, p. 57, n° 2, et Thomine, n° 348, décident également que le jugement doit être levé et signifié.]

1147. ***Si l'une des parties n'avait pas d'avoué en cause, comment se ferait la signification de l'ordonnance du juge-commissaire, l'art. 297 exigeant qu'elle soit faite d'avoué à avoué?***

Lepage, dans ses *Quest. de proc.*, p. 204, pense que le défaillant qui a été averti, par la signification du jugement, qu'il y aura une descente de juge, et qui néanmoins s'obstine à ne pas constituer avoué, consent à ce que l'opération se fasse sans lui. Dès lors, dit cet auteur, le temps de mettre le jugement à exécution étant arrivé, on prend l'ordonnance du juge-commissaire qui fixe le jour et l'heure, et l'on procède sans faire de signification.

Demiau dit, au contraire, p. 125, que, dans le cas où la partie n'a pas d'avoué, l'on doit lui signifier à elle-même l'ordonnance, avec sommation de se rendre sur les lieux, si bon lui semble.

Même opinion de la part des auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 317, et de Pigeau, t. 1, p. 256, n° 373.

Entre autres raisons de décider comme ces auteurs, nous rappellerons que la cour de Trèves avait demandé que la loi prescrivît la signification à partie, lorsqu'il n'y aurait pas d'avoué constitué. Si le législateur a néanmoins gardé le silence, c'est sans doute, comme le remarquent les auteurs du *Praticien*, parce qu'il est de principe que, toutes les fois qu'il n'y a point d'avoué, la signification se fait à partie, à personne ou à domicile (1).

[Nous embrassons sans difficulté cette doctrine qui est aussi enseignée par Favard, t. 2, p. 77, n° 3; Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 555; Thomine, n° 348, et Dalloz, t. 9, p. 147, n° 24. C'est en effet une de ces opérations qui ne peuvent être régulières sans la présence des parties, ou elles dûment appelées. Boncenne, n° 371, fait observer que lorsque la partie fera défaut, le tribunal aura rarement besoin d'ordonner une descente, ce défaut étant considéré comme un aveu tacite des faits allégués par l'adversaire. (*Voy.* notre *Quest.* 619, note 1.)]

---

(1) L'opinion que nous émettons ici suppose que la descente peut être ordonnée quand une partie est défaillante.

Cependant, on peut dire que la loi, en ne prescrivant qu'une signification de l'ordonnance à l'avoué, laquelle vaut sommation, ne suppose pas que la descente puisse être ordonnée en cas de défaut. On en donnerait d'ailleurs pour raison que cette mesure n'étant presque jamais provoquée que par les contestations qui s'élèvent sur des points de fait, il est évident qu'il est inutile, s'il n'y a point de contradiction, et qu'il y a difficilement contradiction, lorsqu'une des parties seule figure dans l'instance.

Nous répondons que le juge (voy. *suprà*, art. 150, *Quest.* 617 et 619) ne pouvant, en cas de défaut, adjuger les conclusions du demandeur qu'après vérification, et ayant d'ailleurs, en cette circonstance, la faculté d'ordonner tout ce qu'il juge nécessaire pour son instruction, la descente peut avoir lieu, même dans le cas du défaut.

[Nous partageons cet avis, qui est également celui de Lepage, p. 204, *quest.* 2, et de Dalloz, t. 9, p. 147, n° 24.]

D'un autre côté, il peut arriver que la partie qui poursuit par défaut l'adjudication de ses conclusions ne soit pas d'accord avec elle-même, ou que des experts précédemment nommés se soient trouvés d'avis différents; en ce cas, le tribunal peut évidemment ordonner la descente, et alors il faut bien que la signification de son jugement soit faite, comme nous l'avons dit, à personne ou domicile, en observant les règles établies pour la signification ou l'exécution des jugements par défaut. (*V.* aussi la *Quest.* 1149.)

1148. ***En vertu du jugement qui aurait ordonné d'office la descente, le juge-commissaire pourrait-il procéder à l'opération sans attendre la réquisition de l'une des parties?***

Lepage (*voy.* ses *Quest.*, p. 203) prouve, et telle est aussi notre opinion, qu'il ne suffit pas que la descente ait été ordonnée d'office pour que le juge-commissaire y procède de son propre mouvement. Il appuie cette solution sur la nécessité du concours des parties et de la consignation des frais de transport.

[Il en était de même sous l'empire de l'ordonnance, d'après Merlin, *Rép.*, v° *Descente*, t. 3, p. 67. En effet, pourquoi le juge procéderait-il à la descente sans réquisition préalable? Les parties ne font-elles pas présumer par leur silence, qu'il peut être intervenu transaction entre elles? Et puis, qui consignera les frais? Ces raisons déterminent, pour la solution de Carré, Delaporte, p. 290; Dalloz, t. 9, p. 146, n° 14, et Thomine, n° 349. Nous pensons néanmoins, avec ce dernier auteur, qu'il n'y aurait pas nullité si la descente avait eu lieu sans réquisition, surtout si les parties y avaient néanmoins assisté; mais la question des frais serait difficile à résoudre.]

[**1148** bis. ***Si ni l'une ni l'autre des parties ne se met en mesure de faire opérer la descente, qu'arrivera-t-il?***

Ou la descente avait été ordonnée d'office, et alors, comme le tribunal l'a jugée utile pour sa décision, tant que le jugement n'est pas réformé, l'une des parties ne peut aller en avant sur le jugement du fond. C'est l'opinion de Favard, t. 2, p. 77. Cependant Carré, *infrà*, à la note de la *Quest.* 1154, pense que l'autre partie pourrait poursuivre le jugement définitif, puisque la descente, par le retard que mettrait l'autre partie à faire exécuter le jugement qu'elle aurait obtenu, ne pourrait plus être considérée comme nécessaire à la décision. Nous concevons difficilement comment ce qui était nécessaire pour éclairer les juges cesse de l'être parce qu'une partie est négligente. Le tribunal pourra donc faire rayer la cause du rôle, si ni l'une ni l'autre des parties ne poursuit.

Ou la descente avait été requise; et dès lors il est naturel, si la partie qui l'avait demandée ne la fait pas opérer, qu'elle soit censée y renoncer; et que son adversaire, après l'avoir mise en demeure, ait le droit de poursuivre le jugement.

Telle est la distinction proposée par Boncenne, n° 372. Nous l'adoptons volontiers, quoique Dalloz, t. 9, p. 146, n° 16, approuve l'opinion de Carré.]

1149. ***S'il y avait deux défendeurs dont l'un fît défaut, comment faudrait-il procéder, dans le cas où il y aurait lieu à une descente de juge?***

Cette question ne peut se présenter qu'après la signification, avec réassignation, du jugement de jonction prescrit par l'art. 153. Lepage (voy. *Quest.*, p. 205) dit que si le défaillant persiste à ne pas se présenter, on ordonne, avant de faire droit, la descente sur les lieux: *ce qui ne concerne que les parties comparantes;* il ajoute que si, pendant l'instruction, le défaillant venait à se présenter, il y prendrait part, mais dans l'état où elle se trouverait. D'après la solution donnée sur la *Quest.* 1148, nous estimons que l'ordonnance doit être signifiée au défaillant; il y a même raison de décider : ainsi, nous ne dirons pas que la descente ne concernera que les parties comparantes. Le défaillant sera lié à l'opération par la signification qui lui aura été faite de l'ordonnance; et c'est par cette raison qu'il sera plus juste de dire que, s'il se présente sous le cours de l'instruction, il procédera dans l'état où elle se trouvera.

[Nous approuvons cette solution avec Dalloz, t. 9, p. 148, n° 25.]

1150. ***Appliquera-t-on les dispositions de l'art.* 297 *si, comme il est dit en la* 1144ᵉ *question, le jugement, en exécution de l'art.* 1035, *commet, pour la descente, un juge de paix, ou renvoie à un autre tribunal la nomination du commissaire?***

Quoiqu'il ne soit rien dit de la forme à observer dans chacune de ces deux hypothèses, nous croyons, avec les auteurs du *Comm.* inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 251, que les dispositions de l'art. 297 fournissent elles-mêmes les règles que l'on doit suivre.

Ainsi, lorsqu'un juge de paix aura été commis, on obtiendra son ordonnance, que l'on signifiera à la partie adverse.

Si le jugement renvoie à un tribunal étranger la nomination du juge-commissaire, elle sera provoquée par requête présentée au président, et à laquelle sera jointe l'expédition du jugement. Le commissaire nommé, on se pourvoira par devers lui, comme le prescrit l'art. 297, et son ordonnance sera signifiée, soit par acte d'avoué à avoué, si les distances le permettent, soit à partie, si l'avoué était trop éloigné.

Dans ce cas, en effet, nous croyons permis de signifier l'ordonnance à la partie qui se trouve plus rapprochée que son avoué du lieu où la descente doit être effectuée; la justice le veut ainsi : car il serait possible que l'avoué qui recevrait la signification ne pût en donner connaissance à son client. Au reste, l'art. 297, en prescrivant un acte d'avoué à avoué, ne porte point de nullité pour l'inobservation de cette règle, et la matière ne présente aucun motif de la prononcer.

[La commission donnée à un juge étranger n'étant pas, d'après nous, une véritable descente sur les lieux (*voy.* la *Quest.* 1144), on ne serait pas fondé en droit à prétendre que les règles du titre XIII doivent lui être nécessairement appliquées. Cependant, comme les formalités en sont très-simples, et qu'il faut bien suivre une procédure quelconque, nous croyons que rien ne s'oppose à ce qu'on emploie celle qui est indiquée par Carré. Dalloz, t. 9, p. 145, n° 11, est absolument du même avis.]

[1150 bis. *Existe-t-il un délai fixe dans lequel le juge-commissaire soit obligé de procéder à la descente?*

Non, sans doute, puisque le Code de procédure n'a point reproduit la disposition de l'ordonnance qui l'obligeait à partir dans le mois du jour de la réquisition. Mais s'il y mettait de la négligence, s'il fixait un jour trop éloigné, et que ce retard pût compromettre l'intérêt de la partie, celle-ci suivrait la marche que nous avons indiquée pour un cas analogue, au titre des *Enquêtes*, sur la *Question* 1015 *bis*. Thomine, n° 348, ne partage pas notre opinion, et pense que la partie pourrait se pourvoir à l'audience pour faire remplacer le juge-commissaire.]

Art. 298. Le juge-commissaire fera mention, sur la minute de son procès-verbal, des jours employés aux transport, séjour et retour.

[Tar. rais., nos 219 et 220.] — Ordonn., tit. XXI, art. 29. — Dalloz, *eod.*, nos 39 et 40. — Locré, t. 9, p. 232. — (*Voy.* Formules 259.)

CCXLIX. Le procès-verbal que le juge-commissaire doit dresser, conformément à l'article ci-dessus, doit être fait sur les lieux ou dans le lieu indiqué par ce magistrat (arg. de l'art. 317); il doit contenir la date du jour et de l'heure où il est commencé, conformément à l'ordonnance, la mention de cette ordonnance et de la représentation de l'original de la signification faite à la partie adverse, l'énonciation des parties présentes ou absentes, la désignation des lieux contentieux que le juge-commissaire a parcourus, les faits et les circonstances qu'il a recueillis, les observations des parties ou de leurs avoués, la réquisition de leur signature, enfin la mention des journées employées aux transport, séjour et retour, la signature du juge-commissaire et celle du greffier. (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 256 et 257, n° 373.)

1151. *Le juge-commissaire peut-il recevoir des renseignements de personnes étrangères au procès, sur quelques points de fait relatifs à la descente?*

Il ne peut recevoir de tels renseignements qu'autant que le jugement qui ordonne la descente l'y aurait formellement autorisé; autrement, il ferait une espèce d'enquête sans jugement d'appointement de preuve, et sans les formalités requises à cet égard (1).

[Cet avis, que nous partageons, est aussi celui de Thomine, n° 349, et de Boncenne, n° 371.]

1152. *Si le juge-commissaire pensait que son rapport ne suffirait pas pour éclairer ses collègues, pourrait-il ordonner la levée du plan des lieux?*

Le juge-commissaire, dit Pigeau, t. 1, p. 356, ne peut s'écarter de la mission qui lui a été donnée par le jugement : il ne peut donc faire dresser un plan qu'avec le consentement des parties. C'est au tribunal à l'ordonner, s'il trouve le rapport insuffisant.

[Ainsi le pensent avec nous Merlin, *Rép.*, v° *Descente*, Delaporte, t. 1, p. 288; Favard, t. 2, p. 77; Dalloz, t. 9, p. 147, n° 21, et Boncenne, n° 371. La cour de cass., ch. des req., a décidé le 10 juin 1835, que le juge de paix chargé de visiter les lieux litigieux peut être autorisé à s'en faire représenter le plan, et à établir, dans son procès-verbal, si ce plan est fidèle.]

Mais, dit Berriat, not. 9, le but de la loi, lorsqu'elle prescrit de commettre un juge pour la descente, étant de diminuer les dépenses, il semblerait que le tribunal pourrait, aujourd'hui comme autrefois (*voy.* le *Procès-verbal de l'ordonn.*, et Rodier, sur l'art. 1er du tit. XXI), se transporter en corps sur les lieux, pourvu que ce fût sans frais : cette mesure serait bien préférable à celle du plan.

Nous ne croyons pas que l'arrêt de la cour d'Agen, rapporté sur la 1141e *Quest.*, s'oppose absolument à ce qu'un tribunal prenne ce parti, dans les cas où les lieux à visiter sont rapprochés de la ville où il siége.

[Ce n'est pas seulement cet arrêt qui s'y oppose, c'est la loi.]

Il deviendrait seulement nécessaire d'ordon-

---

(1) Il est cependant un cas où nous penserions, comme Hautefeuille, p. 169, que le juge-commissaire pourrait recevoir et consigner sur son procès-verbal des déclarations données en forme de renseignements, par de tierces personnes : ce cas est celui où les parties seraient présentes, et le requerraient expressément; alors le juge-commissaire pourrait, en mentionnant ces réquisitoires et consentements respectifs, et en faisant signer cette mention, recevoir valablement les déclarations dont il s'agit.

[Nous approuvons cette restriction à la solution de la *Quest.* 1151. Dalloz, t. 9, p. 147, n° 21, pense même que la présence des parties, sans réclamation, suffirait pour valider cette espèce d'enquête.]

ner ce transport par jugement, et d'y appeler les parties.

[*Voy.* nos observations sur la *Quest.* 1141.]

1153. ***Si le juge-commissaire remettait la continuation de la descente à jour fixe, faudrait-il notifier cette remise à la partie?***

Non, dans le cas même où elle ne serait pas présente; et cela résulte de la disposition générale de l'art. 1034. C'est, en effet, la faute de la partie, si elle n'a point assisté à la première vacation, où elle aurait connu la remise de l'opération. (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 256, nº 373.)

[Cette opinion, conforme à celle de Favard, t. 2, p. 77, nº 4; Berriat, *hoc tit.*, nº 7; Dalloz, t. 9, p. 147, nº 22, et Boncenne, nº 371, ne peut souffrir de difficulté dans la pratique.]

Art. 299. **L'expédition du procès-verbal sera signifiée (1) par la partie la plus diligente aux avoués des autres parties; et, trois jours après, elle pourra poursuivre l'audience sur un simple acte.**

Tarif, 70. — Ord., tit. XXI, art. 23. — C. proc., articles 82, 286. — (*Voy.* Formules 260 et 261.)

CCL. L'art. 286 contient, comme nous l'avons vu, une pareille disposition pour les enquêtes. Le délai que l'article ci-dessus fixe entre la signification du procès-verbal et la poursuite de l'audience, est accordé afin que la partie ait le temps d'examiner le procès-verbal, et de préparer, *pour les faire valoir à l'audience* (2), soit les moyens que le procès-verbal peut fournir en sa faveur, soit ses défenses contre les apurements qu'il renfermerait contre elle.

Art. 300. **La présence du ministère public ne sera nécessaire que dans le cas où il sera lui-même partie.**

C. pr., art. 83. — Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. II, art. 89, nº 56, art. 90, nº 57 à la note 20. — Locré, t. 9, p. 232.]

CCLI. Il n'est pas nécessaire que le ministère public assiste à la descente, s'il n'est lui-même partie dans la cause, et par conséquent on ne doit pas l'y appeler dans celles où il donne simplement des conclusions, aux termes de l'art. 83 et des articles détaillés au Commentaire du tit. IV, mais il doit être présent lorsqu'il assiste dans les qualités de demandeur, de défendeur ou d'intervenant; par exemple, quand le roi est assigné pour ses domaines (art. 69); quand il agit pour et au nom d'un présumé absent, etc. (Cod. civ., art. 114. — *Voy.* Pigeau, t. 1, p. 256, nº 373, nos questions sur l'art. 381, et notre *Tr. des lois d'Org.*, liv. Ier, tit. II.)

[Spécialement, le ministère public n'est pas tenu d'assister à une descente sur les lieux dans une cause intéressant une commune, et où il ne figure que comme partie jointe; c'est ce qu'a décidé la cour de cass., le 2 janv. 1834. (Sirey, t. 34, p. 284.) Il en serait, par conséquent, de même dans les causes des mineurs, interdits, femmes mariées, absents, etc.]

Art. 301. **Les frais de transport seront avancés par la partie requérante, et par elle consignés au greffe.**

Ordonn., tit. V, dernière partie.— Code de proc., articles 319, 852. — [Notre Dict. gén. de Proc., vº *Descente*, nos 21 à 27. — Dalloz, *eod.*, nos 34, 35, 37. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. Ier, tit. Ier, chap. 1er, art. 1er, *Quest.* 60, éd. in-8º, t. 1, p. 356. — Locré, t. 9, p. 232.]

1154. ***Quelle est la partie que désigne l'art.* 301 *par ces mots,* PARTIE REQUÉRANTE?**

Selon les auteurs du *Prat. franç.*, t. 2, p. 220, lorsque la descente a été ordonnée sur la réquisition d'une partie, celle-ci doit avancer les frais de transport; mais dans le cas où la descente est ordonnée d'office, le tribunal pourrait enjoindre aux parties d'avancer les frais par moitié.

Remarquons que l'art. 5 du tit. XXI de l'ordonnance portait ce qui suit : « Les commissaires ne pourront faire les descentes sans la réquisition des parties (*voy.* la 1148e *Quest.*), et sera tenue, la partie requérante, consigner les frais ordinaires. »

Ainsi, disait Serpillon sur cet article, c'est la partie la plus diligente qui requiert la descente *ordonnée,* c'est-à-dire l'exécution du

---

(1) *Sera signifiée,* lorsque la minute aura été enregistrée et déposée au greffe.

(2) Mais non pas pour fournir et signifier des défenses, comme le dit Hautefeuille, p. 169. L'art. 299 veut en effet, et sans distinction, que l'audience soit poursuivie sur un simple acte, et, par conséquent, il exclut toute espèce de défenses écrites. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 256, nº 373, et le Comm. des *Ann. du Not.*, t. 2, p. 265.)

[L'opinion de Carré est d'autant mieux fondée que l'art. 70 du Tarif taxe à deux francs l'acte prescrit par l'art. 299; au reste, elle est partagée par Favard, t. 2, p. 77, § 5, et Thomine, nº 350, et nous l'avons professée nous-même dans notre *Comm. du Tarif,* t. 1, p. 302, nº 32.

Suivant Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 554, et le *Prat. fr.*, t. 2, p. 217, si la descente s'instruisait par défaut, l'audience devrait se poursuivre contre le défaillant par un exploit. Nous croyons aussi qu'il n'y a pas d'autre voie à prendre. (Voy. *suprà, Quest.* 1147 et 1149.]

jugement qui doit faire cette consignation, sauf à répéter, s'il est ordonné, en fin de cause, c'est-à-dire si cette partie obtient condamnation de dépens.

Cependant Delaporte, t. 2, p. 291, estime que, dans le cas où la descente n'a pas été ordonnée d'office, mais sur les conclusions de l'une des parties, c'est toujours celle-ci qui doit en consigner les frais.

Hautefeuille dit, p. 168, que lorsque la descente a été ordonnée sur la réquisition des parties ou de l'une d'elles, ou *d'office*, c'est celle qui poursuit l'exécution de ce jugement qui est obligée, avant de présenter sa requête pour obtenir l'ordonnance du juge (art. 297), de consigner au greffe les frais de transport du juge et du greffier.

Tel est aussi notre sentiment, fondé sur la disposition de l'ordonnance que nous paraît devoir interpréter l'art. 301 (1).]

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 556, dit que la partie *requérante*, d'après notre article, est celle sur les conclusions de laquelle le jugement a été rendu. Au contraire, Favard, t. 2, p. 77, nº 6; Dalloz, t. 9, p. 146, nº 18, et Thomine, nº 351, estiment que c'est la partie qui poursuit.

Lorsque la descente n'a été ordonnée que sur la réquisition d'une partie, il est présumable que l'exécution sera poursuivie par cette même partie ; ainsi la qualification de *requérante* lui conviendra sous les deux rapports. C'est aussi, selon nous, l'hypothèse sur laquelle l'art. 301 a statué : la consignation est un acte d'exécution ; c'est un acte dont on conçoit difficilement l'exécution forcée. Comment, en effet, y obliger la partie qui refuse de poursuivre? C'est donc la partie qui juge convenable de poursuivre, qui doit consigner. Aussi Pigeau dit-il (*loco citato*) que si la partie qui a requis l'ordonnance ne consigne pas, l'autre peut consigner. Cet auteur pense, et nous pensons comme lui, que l'article 301 a eu en vue la partie qui a requis le jugement, mais que si, par exception, la descente est poursuivie par l'autre partie, celle-ci fait ce que l'autre aurait dû faire, c'est-à-dire qu'elle consigne.

Si la descente a été ordonnée d'office, les auteurs du *Prat. franç.* prétendent que le tribunal peut *enjoindre* aux parties d'avancer les frais par moitié. Nous ne pensons pas que l'on puisse *enjoindre* à une partie de consigner ; cet acte ne peut être que volontaire. L'une des deux doit donc consigner pour le tout, car l'une des deux (la plus diligente, art. 297) peut seule poursuivre. C'est aussi l'opinion des auteurs que nous venons de citer, et qui ne parlent que d'une seule partie ; la partie la plus diligente devient alors la partie requérante.

Boncenne, nº 372, enseigne la même doctrine.]

[1154 bis. ***Qu'entend-on par frais de transport? Doit-on consigner ceux du ministère public?***

Selon Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 555, et Boncenne, nº 372, ce sont ceux des voyage, séjour et retour du commissaire et du greffier, et non ceux des parties. Ceux de nourriture et de logement y doivent être également compris, mais il n'est point alloué d'honoraires.

Doit-on y comprendre les frais du ministère public? Non ; car ou il n'est pas intéressé dans la cause, si elle n'est pas communicable ; ou bien il n'y est que partie jointe, comme dans les causes qui intéressent les mineurs, les femmes, les absents, etc. Dans ces deux cas, la présence du ministère public n'est pas nécessaire, aux termes de l'art. 300. (*Voy.* aussi l'arrêt de la cour de cass., cité dans nos observations sur le nº CCLI.) L'incapable, dont le ministère public surveille les intérêts, est assisté d'un tuteur ou de tout autre représentant dont la présence suffit sur les lieux visités. Les frais de transport du ministère public seraient donc frustratoires.

Ou bien le ministère public est partie principale au nom de l'État ; alors sa présence est utile, mais elle n'intéresse que la partie qu'il représente, et qui doit être considérée comme une partie privée. Or, nous venons de dire que les frais des parties ne doivent pas être consignés : ils sont à leur charge ; c'est la personne morale que représente le ministère public qui devra les payer, sauf à en obtenir le remboursement, en vertu de l'art. 130, si elle gagne son procès. (Voy. *Quest.* 1139, à la note.) Cette doctrine est aussi enseignée, avec raison, par Dalloz, t. 9, p. 146, nº 19, et Boncenne, nº 372.

(1) Mais nous supposons qu'une partie requière l'exécution du jugement qui aurait ordonné la descente. Or, est-il des cas où une partie puisse se dispenser de requérir cette ordonnance? Nous le croyons, et voici, en dernière analyse, la solution que nous paraît exiger la question générale de savoir quand il y a lieu à la consignation exigée par l'art. 301.

Si la descente est ordonnée d'office, comme elle a pour objet, d'après la déclaration que le tribunal en a donnée lui-même, d'éclairer sa religion par la visite des lieux contentieux, c'est à la partie qui a intérêt à obtenir jugement à consigner les frais en requérant l'ordonnance du commissaire. Mais si la descente avait été requise par une des parties, ce serait à elle à faire cette consignation, si son adversaire ne croyait pas devoir mettre le jugement à exécution. En effet, celui-ci pourrait poursuivre le jugement définitif, puisque la descente, par le retard que mettrait l'autre partie à faire exécuter le jugement qu'elle aurait obtenu, ne pourrait plus être considérée comme nécessaire à la décision, le tribunal ne l'ayant pas ordonnée d'office. [*V.* notre *Quest.* 1148 *bis*.]

et consacrée par un arrêt de la cour de cass. du 2 janv. 1834 (Sirey, t. 34, p. 284).

Tant que les frais nécessaires ne sont pas consignés, le commissaire peut refuser d'opérer; cependant la loi ne dit point que ces frais seront taxés, ni qui en fera l'évaluation. Demiau, p. 223, indique le greffier; Pigeau, *ubi suprà*, enseigne que la partie peut consigner ce qu'elle croit convenable, sauf à présenter requête au commissaire, qui taxera d'avance et par approximation.

Si le juge-commissaire requiert l'assistance d'un huissier, il est dû une indemnité à cet huissier. Les frais pour le transport et le séjour du juge peuvent être réglés d'après les art. 88 et 89 du décret du 18 juin 1811. (*Voy.* sur tous ces points, notre *Comm. du Tarif*, p. 296, 297 et 301.]

TITRE XIV.

DES RAPPORTS D'EXPERTS (1).

On appelle *expertise* l'opération que font des *experts* ou gens connaisseurs dans un art, afin d'éclairer le juge sur des questions ou sur des faits qu'il ne peut connaître par lui-même.

Un rapport d'experts est donc l'exposé par écrit de cette opération, c'est-à-dire des travaux, recherches, calculs, etc., auxquels les experts se sont livrés, et de l'avis qu'ils ont formé d'après les résultats de ces travaux.

Un avis n'est qu'une opinion et non pas une décision, et conséquemment on ne peut assigner à celui des experts d'autres caractères que ceux de simples renseignements, auxquels le juge ne peut être tenu de se conformer si sa conviction s'y oppose.

De là une différence notable entre un expert et un arbitre. Ce dernier prononce sur le fond de la contestation qui existe entre les parties; l'expert, au contraire, se borne à rendre compte au tribunal de ce qu'il a fait, en vertu de la commission qui lui a été donnée.

Le Code de procédure renferme, sur les expertises, des dispositions en partie puisées dans l'ordonnance de 1667, en partie absolument nouvelles, mais qui ne s'appliquent qu'aux procès existant entre particuliers. (*V. infrà*, n° 1157.) Elles concernent :

Premièrement, *le jugement par lequel* l'expertise est ordonnée (art. 302); secondement, *la nomination des experts* (art. 303, 307); troisièmement, *la récusation des experts* (art. 309, 314); quatrièmement, *les préliminaires du rapport* (art. 315, 316); cinquièmement, *le rapport et ses suites* (art. 317, 321); sixièmement enfin, elles accordent au juge la faculté d'ordonner un nouveau rapport (article 322), et consacrent le principe que l'avis des experts n'est point une loi pour lui (article 323).

Art. 302. Lorsqu'il y aura lieu à un rapport d'experts, il sera ordonné par un jugement, lequel énoncera clairement les objets de l'expertise.

Ord. de 1667, tit. XXI, art. 8. — C. civ., art. 1675, 1678 et suiv. — C. pr., art. 295, 971. — Locré, t. 9, p. 156 (2). — (*Voy.* Formule 262.)

CCLII. D'après cet article, les tribunaux peuvent ordonner les rapports d'experts, ou sur la demande qui leur en est faite, *ou d'office* (3), et, dans l'un comme dans l'autre cas, le jugement doit énoncer avec clarté et précision les objets de l'expertise, afin d'empêcher les ex-

(1) Voy. *suprà*, liv. Ier, tit. VIII, et les art. 195, 196, 232, 322, 429, 935, 969 et 971, C. pr., et 1680, C. civ.

(2) JURISPRUDENCE.

[1° Lorsqu'une expertise prescrite sous l'ord. de 1667 n'a pas été faite, et qu'il y a lieu de nommer de nouveaux experts, cette nomination peut être faite d'après les règles du Code de procédure. (Cass., 25 juill. 1831; Sirey, t. 32, p. 611.)]

2° Une cour ne peut critiquer les renseignements demandés à des experts par les premiers juges et imposer une règle à suivre à ce sujet. (Bourges, 24 juillet 1833.)

3° Les tribunaux de première instance peuvent ordonner le transport d'un de leurs membres sur les lieux pour présider à l'opération des experts. (Amiens, 29 déc. 1821; Dalloz, t. 12, p. 534.)

4° L'expert chargé d'estimer les immeubles du mineur dont la jouissance appartient au survivant des père et mère de celui-ci, doit être un commissaire-priseur quand il y en a d'établis dans le lieu où doit être faite l'estimation. (Orléans, 24 nov. 1819; Dalloz, t. 14, p. 526.)]

(3) *D'office*, puisque l'art. 302 porte *lorsqu'il y a lieu*. Or, le tribunal, indépendamment des conclusions des parties, peut juger qu'il y a lieu à un rapport d'experts, et, en ordonnant cette mesure, il ne fait que se conformer au principe général que les juges peuvent *d'office* recourir à toutes les voies d'instruction autorisées par la loi, toutes les fois et par cela même qu'elle n'exige pas expressément la réquisition de l'une des parties. (Rennes, 25 août 1807; Berriat, 2e part., *Introd.*, § 3, p. 125.)

perts de s'écarter de leur mission ; ce qui pourrait fréquemment arriver, si le juge n'indiquait que les opérations principales auxquelles ils auraient à s'attacher.

1155. *Le tribunal peut-il se dispenser de déférer à la demande d'expertise faite par l'une des parties ?* [*Quand y a-t-il lieu d'en ordonner une ?*]

Oui, s'il croit avoir des connaissances suffisantes sur les choses qui feraient l'objet de cette expertise : la loi est purement facultative pour tous les cas où le législateur n'exige pas expressément cette voie d'instruction, comme il l'a fait, par exemple, dans ceux qui sont prévus par l'art. 17 de la loi du 22 frim. an VII, et 1678, C. civ. (*V.* Demiau, p. 225, et la 1157e *Quest.*)

[Il est peu de solutions sur lesquelles la jurisprudence et la doctrine soient mieux fixées que sur celle-ci. En général, les juges ont la plus grande latitude pour ordonner, d'office ou sur la demande des parties, ou pour refuser telle ou telle voie d'instruction; nous avons eu occasion de le faire observer en parlant des enquêtes. C'est un principe qu'enseignent unanimement, à propos de l'expertise, Favard, t. 4, p. 699, no 1; Berriat, tit. *de l'Expertise,* p. 211, Dalloz, t. 13, p. 325, no 1 ; Thomine, no 353, et Boncenne, no 374. Tous ces auteurs insistent sur le devoir du juge de n'ordonner l'expertise que lorsqu'elle lui paraît nécessaire.

Le droit incontestable qu'il a de la refuser est consacré par les arrêts de la cour de cass. des 6, 11 et 12 déc. 1827. Déjà le 17 mars 1819 (Dalloz, t. 14, p. 325; Sirey, t. 20, p. 2), elle avait décidé que les juges peuvent apprécier eux-mêmes, et sans ordonner une expertise, les dommages et intérêts réclamés par une partie, et, le 7 déc. 1819, qu'ils peuvent également, sans expertise, statuer sur une demande intentée au nom d'un mineur en rescision d'un bail pour cause de lésion; leur refus n'a pas même besoin d'être motivé (Cass., 3 mai 1830; Sirey, t. 30, p. 180); et par conséquent l'arrêt qui rejette des conclusions tendantes à une expertise, en adoptant les motifs des premiers juges, est suffisamment motivé lorsque le jugement décide qu'il existe des documents suffisants pour juger, alors même que l'expertise demandée en appel serait plus étendue que celle demandée en première instance. (Cass., 21 août 1837.) Enfin, la cour de Colmar a cru pouvoir, le 7 mai 1836, procéder, sans le secours d'experts, à l'estimation d'un immeuble que les éléments du procès lui fournissaient les moyens d'apprécier, et, le 23 déc. 1837, la cour de Rouen a reconnu au tribunal de commerce le doit de se faire représenter des marchandises, pour décider, par lui-même, si elles étaient recevables. Par une conséquence évidente, si le tribunal trouve dans les pièces du procès une expertise déjà faite contradictoirement entre les parties, il peut la prendre pour base de sa décision et se dispenser d'en ordonner une autre. (Cass., 18 mai 1831.) Le 1er août 1821, la cour de cassation a tiré du même principe une conséquence bien plus étendue encore, en décidant que, sur la tierce opposition à un jugement qui a prononcé la rescision d'un acte pour cause de lésion, les juges peuvent prendre en considération une expertise faite dans la première instance.

Mais aussi, ils sont libres d'ordonner un rapport d'experts en toute matière, lorsqu'il leur paraît utile, notamment pour vérifier l'existence d'une servitude de passage, encore qu'une partie prétende que les titres suffisent pour cette appréciation, comme l'a jugé la cour de Rennes, le 23 déc. 1820, et encore pour examiner des faits contestés en matière de délits ou contraventions relatifs à la garantie des matières d'or et d'argent, quoique l'administration des monnaies prétende être seule en droit de faire cette appréciation. (Cass., 13 mars 1824; Dalloz, t. 7, p. 228; Sirey, t. 24, p. 136.)

La même faculté, néanmoins, n'appartient pas au juge de référé; celui-ci ne peut ordonner une expertise; ce serait, de sa part, préjuger le fond, ce qui est en dehors de ses attributions. (Bourges, 7 avril 1832; Sirey, t. 33, p. 79.)

Mais ce pouvoir discrétionnaire n'a plus d'application dans les matières où la loi exige impérieusement une opération d'experts. Les cas où il en est ainsi sont énumérés par Dalloz, t. 14, p. 324, à la note. Ce sont les cas prévus par les art. 126, 453, 824, 1559, 1678, 1716, C. civ.; 935, 955, 971, C. proc.; 414 et 416, C. comm., et par la loi du 22 frim. an VII, sur l'enregistrement.]

[**1155** bis. *Dans les matières soumises aux règles de l'art, les juges peuvent-ils aussi substituer leurs connaissances personnelles à un rapport d'experts ?*

Nous avons dit, sur la *Quest.* 975 *ter,* au titre des *Enquêtes,* en nous appuyant de diverses autorités, que les juges n'ont pas le droit de prendre pour base de leurs décisions la connaissance personnelle qu'ils peuvent avoir acquise, par des moyens indirects, des faits interloqués; nous nous sommes fondé sur ce principe que les magistrats doivent juger d'après les éléments du procès, et ne pas former leur conviction en dehors des débats; que, s'ils font prévaloir leur connaissance personnelle des faits, ils rempliront alors le rôle de témoins plutôt que celui de juges, et qu'ainsi il aura été fait une enquête sans formalités ni contradicteurs.

Un arrêt de la cour de Rennes du 5 juillet 1819, a appliqué ce principe à l'expertise, en résolvant négativement la question posée en

tête de ce numéro. *Non sufficit*, dit cet arrêt, *ut judex sciat, sed necesse est ut ordine juris sciat;* la même doctrine résulte d'un arrêt de la cour de cass. du 6 niv. an XII (Sirey, t. 7, p. 874), qui décide que la loi du 10 juin 1793 n'autorise point les tribunaux à procéder eux-mêmes à l'estimation d'un ouvrage contrefait; ils ne peuvent statuer que d'après un rapport d'experts. Boncenne, n° 373, semble approuver ces arrêts, en disant : « Le juge ne doit jamais faire les fonctions d'expert. » Nous ne croyons pas néanmoins qu'ils soient bien rendus en droit; ils contrarient le principe développé sous le n° 1155, en restreignant, presque jusqu'à l'annihiler, le pouvoir discrétionnaire que la loi et la jurisprudence ont voulu attribuer aux juges, et ils font une fausse application de la maxime *non sufficit*. La position, en effet, n'est pas la même en matière d'enquête ou d'expertise. Dans le premier cas, il s'agit non d'actes ou de faits qui tombent sous les sens, mais de faits particuliers à la cause, dont le juge ne peut avoir qu'une connaissance privée : il ne peut, sans imprudence, la mettre en opposition avec la connaissance officielle qui lui parvient par les voies légales. Toutefois, en cas même d'enquête, les juges pouvant décider sans le secours d'une enquête, rendront toujours une décision à l'abri d'un recours en cassation, à moins que, dans leurs motifs, ils ne déclarent avoir une connaissance personnelle du fait dont rien dans le débat ne révèle l'existence. Dans le second cas, en procédant par lui-même à l'appréciation, le juge se borne à faire usage des notions morales, scientifiques ou artistiques qu'il possède et qu'il a acquises *à priori* sans considération du procès, à en faire l'application à des objets matériels ou à des faits constants. Lui est-il défendu d'être instruit dans tel ou tel art, telle ou telle science? Ne serait-il pas à désirer, au contraire, qu'il eût une science universelle pour pouvoir toujours se diriger par ses propres lumières? Que fait-il autre chose, en agissant ainsi, qu'appliquer les lois de la nature ou celles d'une science quelconque, comme habituellement il applique les lois civiles? Vouloir qu'il fût obligé de mettre de côté ses propres connaissances, pour invoquer celles des experts, ne serait pas moins ridicule que de l'assujettir à prendre une consultation d'avocats toutes les fois qu'il a à décider un point de droit. Aussi donnons-nous une pleine approbation à l'arrêt de la cour d'Orléans du 19 fév. 1812, qui a décidé que les tribunaux peuvent se passer d'une expertise faite par les gens de l'art, lorsqu'il s'agit d'apprécier le salaire dû pour une opération chirurgicale ; et mieux encore à l'arrêt de la cour de Rouen, cité sous la précédente question, 25 déc. 1837, qui a reconnu au tribunal de commerce le droit de se faire représenter des marchandises, pour décider, par lui-même, si elles sont recevables.]

[1155 ter. *Les tribunaux ou les parties sont-ils astreints à se renfermer, pour le choix des experts, dans une certaine classe d'individus?*

Non : une entière liberté leur est accordée à cet égard; ils ne doivent consulter que les convenances de la cause, et l'aptitude des hommes sur lesquels porte leur choix. Il n'y a plus de nos jours d'experts en titre d'office, pas plus pour un art que pour un autre (*voy.* la *Quest.* 923), ainsi que le fait observer Boncenne, n° 373. La confiance des magistrats ou des plaideurs peut s'exercer sans limites, sauf les exclusions que nous signalons sous la *Question* 1163 (1).]

1156. *Après le jugement qui ordonne une expertise, une partie peut-elle demander que les experts donneront des apurements sur des objets qui n'auraient pas été compris dans le jugement?*

Nous avons dit, sur la 966e *Quest.*, que, si le jugement qui ordonne l'enquête était rendu, il ne serait plus permis d'articuler des faits nouveaux. Mais il y a cette différence entre une expertise et une enquête, que la première a pour objet des faits qui sont réalisés et fixés par l'état des lieux, et qu'il ne s'agit que de constater : d'où suit qu'il n'y a point à craindre qu'ils varient, par suite d'un délai plus ou moins long qui serait donné pour l'opération. C'est par ce motif que la loi n'a point fixé à ce sujet de délai péremptoire, ainsi qu'elle l'a fait pour commencer les enquêtes. (*V.* art. 257 et suiv.) On peut donc admettre aujourd'hui, comme on admettait autrefois en Bretagne, l'affirmative de la question ci-dessus proposée.

[Cette opinion, que nous adoptons sans difficulté, car nous n'avons pas partagé celle de Carré, sous le n° 966, est reproduite par Thomine, n° 353. (*V. infrà*, notre *Quest.* 1157 *ter.*)]

1157. *Les formalités de l'expertise, prescrites par le Code de procédure, sont-elles applicables en toute matière?*

Dans les expertises ordonnées à la requête de la régie de l'enregistrement, pour les cas

(1) [Il existe néanmoins encore des *commissaires-experts* institués pour les visites et estimations en matière de douanes; les tribunaux et les parties ne peuvent en nommer d'autres. (Lois des 28 avril 1816 et 27 juillet 1822. — *Note de Boncenne.*) On peut aussi consulter pour les matières des mines, les art. 87 et 88 de la loi du 21 avril 1810.]

prévus par l'art. 17 de la loi du 22 frimaire an VII, on doit encore se conformer aux règles prescrites par l'art. 18 de la même loi : cela résulte d'un avis du conseil d'État du 12 mai 1807 [et d'un arrêt de la cour de cass. du 25 oct. 1808. (Dalloz, t. 13, p. 352; Sirey, t. 10, p. 168.)]

Les dispositions du C. de proc. ne s'appliquent pas non plus aux expertises qui sont ordonnées administrativement, par exemple, d'après la loi du 16 septembre 1807, relative au desséchement des marais et à d'autres objets d'utilité publique. (Art. 8 et 9 de cette loi. — *V. Rép.*, v° *Expert.*)

[Il n'est pas non plus nécessaire d'observer les règles du C. de proc. dans les expertises extrajudiciaires, convenues par les parties pour estimer un immeuble ; ainsi l'ont jugé la cour de cass., le 13 brum. an X (Dalloz, t. 14, p. 336; Sirey, t. 2, p. 133), et celle de Besançon, le 5 déc. 1811. (Dalloz, t. 14, p. 364.)

Nous engageons nos lecteurs, pour connaître les formalités relatives aux expertises en matière d'enregistrement, à consulter le *Dictionnaire belge d'Enregistrement*, publié par Tarlier, v° *Expertise*, et Dalloz, v° *Enregistrement*, 11e sect. Il est aussi des règles spéciales aux expertises en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, et les art. 302 et suiv., C. proc., ne leur sont pas applicables. La cour de Liége l'a reconnu par arrêt du 15 avril 1835. (J. de B., 1835, 2e, p. 359.) Pour notre loi française, cette doctrine résulte de l'art. 37, § 5, de la loi du 7 juill. 1833, et elle est enseignée par Delalleau, dans son *Comm.* de cette loi, p. 374, n° 573.]

[**1157** bis. *Peut-on conclure à une expertise par action principale?*

Cette question divise le tribunal de la Seine et la cour de Paris. Deux jugements du tribunal, qui l'avaient résolue négativement, ont été réformés par arrêts des 20 mars 1835 et 27 déc. 1836. Le tribunal se fonde sur cette considération qu'il résulte des termes de la loi et de la position du tit. XIV du C. de proc., que l'expertise n'est qu'une procédure incidente, une voie d'instruction, destinée à éclairer les juges sur une demande déjà introduite; que l'action tendant à ordonner une expertise est irrégulière, comme ne mettant pas le défendeur à même de savoir ce qu'on veut obtenir de lui, et, par suite, d'acquiescer ou de se défendre. La cour trouve, au contraire, que la demande est suffisamment libellée, lorsqu'on a eu soin de préciser dans l'exploit les points sur lesquels on veut faire porter l'expertise, parce qu'alors il est facile de pressentir quel sera l'objet de la contestation. Nous adoptons l'opinion du tribunal de la Seine ; la jurisprudence de la cour nous paraît propre à amener des abus semblables à ceux que le législateur a voulu prévenir en supprimant les enquêtes *à futuro*. (*V.* au titre des *Enquêtes*, la *Quest.* 992.) Elle contrarie essentiellement la nature de l'instruction incidentelle, accessoire, qui fait l'objet de notre titre.

Avec cette jurisprudence que deviendrait le pouvoir absolu reconnu par tous les arrêts de refuser une expertise et de juger le fond de suite? (*V. suprà*, *Quest.* 1155.)

Les voies d'instruction isolées n'ont aucun but; elles ne doivent tendre qu'à protéger la demande principale et à éclairer le juge.

Leur place seule indique la volonté du législateur ; cette jurisprudence de la cour de Paris n'obtiendra aucune autorité (1).]

[**1157** ter. *Existe-t-il un délai dans lequel les parties soient tenues de faire procéder à l'expertise ?*

La loi ne fixe point de délai, et n'autorise point les juges à en indiquer un, comme elle le fait pour l'enquête. Le motif en a été exposé *suprà* par Carré, sur la *Quest.* 1156. Cependant la cour de Rennes, par un arrêt du 17 déc. 1829, a cru pouvoir assigner un délai de deux mois aux parties qui négligeaient de remplir l'interlocutoire par elle précédemment ordonné.

La cour s'est fondée sur ce qu'il est du devoir des magistrats de veiller à ce que le rôle s'évacue, et que, pour y parvenir, ils ont le droit de faire évoquer la cause.

Cet arrêt nous semble bien rendu en n'examinant que le dispositif. Mais nous croyons devoir combattre le second des motifs sur lesquels il repose. Certes, un tribunal doit veiller à ce que le rôle se vide promptement, parce que les lenteurs de la justice sont toujours préjudiciables aux plaideurs, et qu'il est d'ordre public que les procès ne soient pas interminables; mais s'ensuit-il que ce tribunal puisse employer tous les moyens qu'il juge convenables pour arriver à ce résultat? Nous ne le pensons pas; ainsi ce n'est pas au président à *évoquer la cause,* en ce sens que la plaidoirie soit ordonnée, car si la justice doit être prompte, elle ne doit pas être rendue malgré les plaideurs, mais seulement le président peut faire appeler la cause par le greffier, pour savoir en quel état est l'instruction ; les art. 55, 68 et 69 du décret du 30 mars 1808 indiquent la marche qui doit être suivie; si, lors de l'appel de la cause, les deux avoués se taisent, la cause est rayée, sauf à la laisser rétablir plus tard si

---

(1) [* Le juge peut ordonner une expertise sur une demande incidente du défendeur et avant qu'il ait pris des conclusions au fond. (Br., 18 janv. 1834; J. de B., 1834, p. 455.)]

les parties le jugent convenable; l'inscription au rôle n'est qu'une mesure d'ordre pour le rang des affaires entre elles, comme l'a déjà décidé la cour de Rennes, dans un arrêt du 2 mars 1818.

Un tribunal ne peut rien juger, quand aucune des parties ne met la cause en état par des conclusions; dans l'espèce, si, dans les deux mois fixés par l'arrêt du 17 déc. 1829, aucune partie n'avait fait exécuter l'arrêt interlocutoire, la cour aurait dû ou faire rayer l'affaire du rôle, si aucune partie ne demandait jugement, ou ordonner la plaidoirie de l'affaire au fond. Lorsqu'un tribunal a ordonné une instruction d'office, il peut condamner le demandeur, comme ne prouvant pas complétement sa demande, dans le cas où aucune des parties ne veut faire exécuter son arrêt préparatoire; mais il ne le peut que sur les conclusions des parties. Ce tribunal aurait encore le droit, comme l'a fait la cour de Rennes, le 5 mai 1817, d'ordonner aux parties d'exécuter son jugement préparatoire; mais, le délai fixé expiré, il ne pourrait plus se refuser à juger, sous le prétexte qu'on ne lui aurait pas obéi, car alors il y aurait déni de justice.

Nous pouvons invoquer à l'appui de notre opinion un arrêt de la cour de Montpellier du 15 mai 1816.

Art. 303. L'expertise ne pourra se faire que par trois experts, à moins que les parties ne consentent qu'il soit procédé par un seul.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 304, n° 2.] — Ord. de 1667, tit. XXI. — C. pr., art. 196, 232, 429, 955. — C. civ., art. 126, 455, 466, 824, 834, 1678. — Devilleneuve, v° *Expertise*, n°s 2, 3, 4, 5. — Locré, t. 9, p. 156, 232, 261, 293 (1).

CCLIII. Presque toujours, sous l'empire de l'ord. de 1667, un tribunal se bornait à dire, par le jugement qui ordonnait une expertise, qu'elle serait faite par experts dont les parties conviendraient, sinon qui seraient nommés d'office, et, la plupart du temps, il arrivait que chaque partie choisissait un expert dont elle était sûre, et chaque expert embrassait aveuglément les intérêts de celle à laquelle il devait sa nomination. Ces deux experts se réunissaient, moins pour s'éclairer que pour constater l'opposition de leur avis, et, sur le procès-verbal établissant le partage, on revenait à l'audience pour obtenir un tiers expert que désignait le tribunal. Ce tiers opérait de nouveau avec les deux premiers experts, et, à la pluralité des voix, le rapport était enfin arrêté. La nomination en nombre impair, prescrite par l'art. 303, évite les inconvénients et les frais de cette involution de procédure (2).

1158. ***Hors les cas où le nombre des experts est fixé par des lois spéciales, doit-on se conformer rigoureusement à l'art.* 303?**

La cour de cass. a jugé, le 2 sept. 1811 (Dalloz, t. 2, p. 335; Sirey, t. 11, p. 362), qu'une estimation qui devait, d'après une convention écrite, être faite par trois experts, n'était pas valablement faite par deux, sur le refus du troisième d'y concourir. De même un tribunal ne pourrait augmenter le nombre des experts, ni ordonner, par exemple, qu'ils procéderaient au nombre de quatre, de cinq, etc. (*V*. *Prat.*, t. 2, p. 231; Delaporte, t. 1, p. 293, etc.; Paris, 11 fév. et 1er avril 1811; Dalloz, t. 14, p. 330; Sirey, t. 11, p. 449.)

Dans les matières où l'on devrait, en vertu d'une loi spéciale, faire procéder à l'expertise par des experts dont le nombre aurait été fixé au-dessous ou au delà de celui que l'art. 303 détermine, il ne faut pas appliquer cet article (3).

[Indépendamment des décisions citées par Carré, un grand nombre d'autres arrêts ont également décidé que la prescription de l'article 303 est générale et absolue, en sorte que les juges ne peuvent, sous aucun prétexte, nommer plus ou moins de trois experts, si ce n'est que les parties consentent à ce qu'il soit procédé par un seul. Ainsi, un arrêt de la cour de Rennes du 10 mars 1826 a jugé comme la cour de cass. dans son arrêt du 2 sept. 1811;

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Le juge de paix délégué pour procéder à une enquête a pu valablement être chargé de faire sur les lieux l'adaptation des titres d'après l'enquête et les renseignements par lui recueillis. Une pareille opération ne peut être considérée comme une véritable expertise, et n'est pas soumise aux formes prescrites par l'art. 303, C. pr. (Cass., 25 mai 1836; Sirey, p. 36, p. 719.)]

(2) Cet expédient nous avait été fourni depuis plus de deux mille ans, par les lois des Douze Tables, pour le cas de partage entre cohéritiers, de règlement de limites entre voisins, d'estimation de dommages, etc. Mais ce n'est pas sans difficulté que l'on est parvenu à l'introduire dans notre Code de procédure; et quoique l'art. 1678, C. civ., l'eût adopté pour la preuve de la lésion en vente d'immeubles, l'ancien mode fut encore proposé par les rédacteurs du projet. (Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le canton de Genève.)

(3) Ainsi, par une conséquence de la solution donnée sur la question précédente, la cour de cass. a déclaré nul, le 25 octobre 1808 (Dalloz, t. 13, p. 352; Sirey, t. 10, p. 168), un jugement qui, en matière d'enregistrement, avait nommé un troisième expert, au mépris de l'art. 18 de la loi du 22 frim. an VII, d'après lequel deux experts suffisent pour procéder à une estimation à faire dans le cas prévu par cette loi. C'est aux deux experts, en cas de partage, à appeler un tiers, et, s'ils ne peuvent en convenir, c'est au juge de paix de la situation des biens à y pourvoir.

et, dans une espèce identique, la cour de cass., ch. civ., a encore reconnu le même principe, le 15 juin 1830, en décidant qu'un tribunal excède ses pouvoirs lorsque, sans avoir consulté les parties pour savoir si elles y consentent, il déclare que l'expertise sera faite par un seul expert nommé par lui. La cour de Colmar l'a ainsi jugé trois fois de suite, les 16 mai 1827, 3 avril 1830 (Sirey, t. 32, p. 626), et 2 janv. 1834. Même décision de la part de la cour de Poitiers, les 3 juin 1832, et 3 janv. 1834 (inédit). Cette doctrine est enseignée, en principe, par Boncenne, nº 374.

Cependant, la cour de cass., par trois arrêts successifs, paraît avoir modifié cette jurisprudence, en décidant que, lorsque les juges ordonnent d'office une expertise hors des cas où la loi la prescrit, et sans qu'aucune des parties l'ait demandée, ils peuvent, sans contrevenir à l'art. 303 du C. de proc. qui n'est pas applicable à ce cas, ne nommer que deux ou qu'un seul expert. Ces arrêts sont sous les dates des 10 juill. 1834 (Sirey, t. 34, p. 503), 22 fév. 1837 (Sirey, t. 37, p. 243), et 12 juin 1838 (Sirey, t. 38, p. 364). Déjà, par deux arrêts du 22 fév. 1827 (Sirey, t. 27, p. 136), la même cour avait déclaré qu'on est irrecevable à se plaindre pour la première fois devant elle, de ce que les premiers juges n'ont nommé qu'un seul expert.

Le motif donné par les trois premiers arrêts consiste à dire : 1º que de ces mots de l'article 302, *lorsqu'il y aura lieu à une expertise*, il résulte que le législateur ne veut s'occuper que des expertises ordonnées par la loi ou requises par les parties ; 2º que l'expertise d'office n'étant qu'un simple renseignement que le juge croit devoir se procurer, on ne peut lui demander compte des formes qu'il emploie et des voies qu'il suit pour y parvenir.

On a ajouté, et cette considération s'appliquerait même aux expertises ordonnées par la loi ou requises par les parties, que, lorsqu'il s'agit d'un objet modique, par exemple d'une succession pauvre à évaluer, les frais qu'entraînerait la nomination inutile de trois experts doit engager le juge à faire, à la rigueur littérale de la loi, une exception d'équité qui trouverait une raison d'analogie dans la disposition de l'art. 955, C. proc. Carré, *Quest.* 1159, Dalloz, t. 14, p. 328, nºs 2 et 3, et Thomine nº 355, émettent cet avis, en exprimant le désir qu'il soit adopté dans l'intérêt des justiciables, et que le caprice d'une partie ne force pas toutes les autres à voir leur patrimoine dévoré en frais de justice. Mais les auteurs avouent néanmoins que le système adopté paraît résulter du texte de la loi, et qu'on ne doit user qu'avec circonspection du tempérament qu'ils proposent, et contre lequel se prononcent avec raison, et de la manière la plus absolue, Favard, t. 2, p. 700, nº 2, et les auteurs du *Prat. fr.*, t. 2, p. 230 et 261. La cour de Bordeaux a adopté les considérations qui ont déterminé la cour de cassation, en décidant que « n'est point un véritable expert, et par conséquent est affranchi des formalités qu'impose cette qualité, le géomètre dont un juge-commissaire est autorisé à se faire assister pour la vérification d'un point litigieux. » (Bordeaux, 28 mars 1831.)

Au reste, l'art. 303, en exigeant le consentement de toutes les parties pour qu'une expertise soit faite par un seul expert, a entendu par là, de toutes les parties intéressées ; d'où la cour de Bourges a conclu avec raison, le 1er août 1829 (Sirey, t. 30, p. 202), que l'estimation par ventilation n'intéressant que l'acquéreur seul, le vendeur n'est pas recevable à se plaindre de ce que l'expertise n'a eu lieu que par un seul expert. Il est évident aussi que le rapport d'un seul expert, en supposant qu'il fût irrégulier par cela même, ne pourrait cependant donner ouverture à cassation contre le jugement définitif, si celui-ci, sans homologuer le rapport, décidait par d'autres documents le fond de la cause ; la cour de cass. l'a ainsi jugé le 20 juill. 1825 (Sirey, t. 26, p. 416).

Revenons à la nouvelle jurisprudence de la cour de cassation qui, selon nous, ne détruit pas l'autorité de l'arrêt de 1830, mais qui tend à faire admettre une distinction.

En lisant attentivement les trois arrêts de cette cour, nous avons vu qu'il s'agissait, dans les espèces jugées, de renseignements demandés à un tiers sur un fait utile à connaître, sans que ce tiers dût émettre un avis.

Cette opération, d'après la cour de cass., ne doit plus être régie par les art. 302 et suiv., C. pr., et quoique la cour ne le dise pas, c'est évidemment une application de l'art. 429, dans lequel le législateur s'est improprement servi du mot *expert*.

Quant à nous, qu'il s'agisse d'une véritable expertise, qu'il s'agisse d'un renvoi devant un homme sans caractères légaux, nous repoussons la doctrine de la cour de cassation, quelque avantageux que puissent être les résultats, parce que, dans le premier cas, elle viole un article formel du Code (303), et, dans le second, elle consacre l'usurpation d'un pouvoir qui n'a été accordé qu'aux tribunaux de commerce. Sur cette dernière partie de notre opinion, *voy.* l'avis conforme de Carré, *Quest.* 1533 ; *voy.* aussi notre *Quest.* 1191 *ter*.

Toutefois, Boncenne, nºs 375 et suiv., se range à la doctrine de la cour de cass., tout en avouant qu'elle est le résultat d'une interprétation peut-être un peu hasardée, *divinatio non interpretatio*. Mais elle se justifie, dit-il, par ce droit de propre mouvement qu'il faut bien accorder aux juges, et dont les conditions leur doivent naturellement appartenir,

quand les parties se taisent et quand c'est à une source spéciale qu'ils veulent puiser des lumières. Dans ce cas, ajoute le même auteur, en les obligeant, comme pour une expertise régulière, soit à désigner un nombre déterminé d'experts, soit à attendre le choix des parties, on prendrait le contre-pied de la mesure et le rebours de son but; car c'est l'avis de telle personne qu'ils veulent avoir, et non pas d'une autre.

Au reste, l'honorable auteur signale lui-même un des inconvénients où peut entraîner cette voie d'arbitraire. Il combat un autre arrêt de la cour de cass., du 7 nov. 1838 (Sirey, t. 38, p. 978), qui a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour de Limoges, le moyen pris de ce que, en attribuant à l'un des litigants le tiers du terrain contesté, et les deux tiers à l'autre, la cour avait nommé trois experts pour procéder au partage d'après ces bases, sans faire aux intéressés aucune interpellation, ni leur donner aucun délai pour s'accorder sur un autre choix.

La cour de cassation a considéré que, le procès étant jugé, il ne s'agissait plus d'une voie d'instruction, mais de l'exécution de l'arrêt, et que, par conséquent, les art. 302 et suiv. n'étaient pas applicables.

Boncenne fait observer avec raison qu'il s'agissait d'un partage en justice, opération pour laquelle une expertise est toujours nécessaire, aux termes des art. 824, C. civ., et 969, C. pr. Or, pour une expertise exigée par la loi, peut-on prétendre que les formes tracées par la loi ne sont pas de rigueur? Nulle raison pour traiter différemment l'expertise qui n'est qu'une voie d'instruction, et celle qui a pour but l'exécution d'un arrêt.

Nous nous associons volontiers à ces réflexions de Boncenne en faisant observer que notre opinion, plus absolue, moins indulgente que la sienne, ne laisse pas d'ouverture aux abus dont il se plaint.]

1159. ***La convention tendant à ce que l'expertise soit faite par un seul expert est-elle valable s'il y a un mineur intéressé?***

Nous ne le pensons pas, non-seulement par le motif que le mineur n'est pas capable de donner un consentement légal, mais parce que son tuteur ne peut, en son nom, stipuler une renonciation à l'avantage que la loi lui offre en fixant pour l'expertise le nombre de trois experts, qui lui assurent un plus grand concours de lumières. Il en serait de même de toute personne qui ne peut transiger. (*Voy.* le Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 279; Demiau, p. 225, et Hautefeuille, p. 169.)

On pourrait cependant soutenir, avec quelque fondement, que le tribunal pourrait, si du moins la partie adverse ne s'y opposait pas, nommer un seul expert, lorsque l'objet de l'expertise serait d'une valeur modique. L'on s'appuierait, à ce sujet, de la disposition de l'art. 955 du Code de procédure, qui, en déterminant les formalités à observer pour la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs, dit que le jugement qui homologuera l'avis du conseil de famille relatif à une pareille vente, nommera en même temps *un ou trois experts,* suivant que l'importance des biens paraîtra l'exiger. Or, disent les auteurs, si, dans le cas de la vente des biens des mineurs, le législateur laisse à la prudence du tribunal de ne nommer qu'un seul expert, il n'y a pas de raison pour lui interdire, en toute autre circonstance, cette faculté, qui tend à diminuer les frais de l'expertise. En ce cas, le tribunal aurait à consigner dans le jugement la considération qui l'aurait porté à ne nommer qu'un seul expert au lieu de trois (1).

[Cette opinion est partagée par Thomine, n° 355; Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 558, et Dalloz, t. 14, p. 328, n° 3; mais Favard, t. 2, p. 700, n° 2, n'adopte pas la restriction de Carré, que nous avons déjà combattue nous-même sur la question précédente.]

Art. 304. Si, lors du jugement qui ordonne l'expertise, les parties se sont accordées pour nommer les experts, le même jugement leur donnera acte de la nomination.

(*Voy.* Formule 262.)

CCLIV. Ainsi, ou les parties s'accordent pour nommer un ou trois experts, et le tribunal, en ordonnant l'expertise, leur donne, par le même jugement, acte de leur nomination;

---

(1) Cependant la cour de Rennes, par arrêt du 24 mars 1812, 1re ch., a jugé que la convention des parties de ne nommer qu'un seul expert n'était pas absolument sans effet, quoique l'une d'elles agît *en qualité de tuteur,* si l'expert avait été désigné *par celle-ci,* agréé par la partie adverse, et nommé par le tribunal.

En conséquence, la cour a rejeté la demande en nullité du rapport, fondée de la part du tuteur sur ce que l'expertise avait été faite par un seul expert, nonobstant la minorité d'une des parties. Cet arrêt vient à l'appui des observations que nous venons de faire en terminant l'examen de la question ci-dessus, à l'effet de modifier la proposition générale qui les précède; mais, quoi qu'il en soit, nous persistons à croire qu'il est du moins prudent de ne pas ordonner le rapport par un seul expert, lorsqu'un mineur est intéressé.

[Le tribunal de Château-Thierry a aussi jugé, le 6 fév. 1830 (*Cour. des Trib.* du 6 mars 1830), que le tribunal peut ne nommer, pour le mineur, qu'un seul expert, auquel les parties majeures déclarent s'en rapporter.]

ou elles ne peuvent tomber d'accord sur le choix d'un expert, mais elles sont néanmoins de concert pour demander au tribunal qu'un seul soit chargé de procéder à l'expertise, et alors le tribunal, après leur avoir donné acte de cette demande, nomme d'office un expert seulement.

1160. ***Faut-il nécessairement que les parties s'accordent sur le choix des trois experts, en sorte que le tribunal devrait les nommer tous les trois d'office, si, par exemple, elles ne s'étaient accordées que sur deux ?***

Il résulte des termes de l'art. 304, combinés avec ceux de l'art. 305, qu'il faut que les parties s'accordent sur les trois experts, et qu'en cas de dissentiment sur un d'eux, le tribunal doit les nommer tous (1).

[C'est l'avis de Delaporte, t. 1, p. 293, et le nôtre; il est aussi adopté par Dalloz, t. 14, p. 328, n° 4. Il faut remarquer, avec Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 558; Favard, t. 2, p. 700, n° 3, et Thomine, n° 356, que la faculté de convenir d'experts n'appartient point à ceux qui n'ont pas la libre disposition de leurs biens, comme les mineurs, les interdits, etc. Le tribunal doit toujours les nommer d'office dans une cause où ces personnes sont intéressées. (Douai, 12 mai 1827; Sirey, t. 27, p. 138. — *V.* la *Quest.* 805.)]

Art. 305. Si les experts ne sont pas convenus par les parties, le jugement ordonnera qu'elles seront tenues d'en nommer dans les trois jours de la signification; sinon, qu'il sera procédé à l'opération par les experts qui seront nommés d'office par le même jugement.

Ce même jugement nommera le juge-commissaire qui recevra le serment des experts convenus ou nommés d'office : pourra néanmoins le tribunal ordonner (2) que les experts prêteront leur serment devant le juge de paix du canton où ils procéderont.

Ord. de 1667, tit. XXI, art. 8 et 9. — C. de pr., articles 1033, 1035. — Règlement du 30 mars 1808, art. 65. — Carré, *Compét.*, 2e part., liv. III, tit. II, chap. 2, art. 325, *Quest.* 456] (3). — (*Voy.* FORMULE 262.)

CCLV. Si les parties ne s'accordent ni sur le nombre, ni sur le choix des experts, le tribunal en nomme trois d'office; mais cette nomination n'est que provisoire et conditionnelle. Pour être parfaite et définitive, il faut que le délai fixé par la loi se soit écoulé, à partir de la signification [à avoué et à partie] du jugement qui ordonne l'expertise, sans que les parties se soient accordées pour en nommer d'autres.

1161. ***Si les parties ne sont point convenues d'experts, ou si l'une d'elles a refusé d'en nommer, le tribunal pourrait-il en nommer d'office, sans accorder le délai porté en l'art. 305?***

Il suffit de lire l'art. 305 pour se convaincre que le tribunal n'a pas cette faculté; néanmoins, comme cet article n'est point prescrit à peine de nullité, on avait pensé que la nomination des experts pouvait être maintenue.

Mais les cours de Bruxelles et de Paris, par arrêts des 6 août 1808, et 4 fév. 1811, ont décidé qu'une telle nomination devait être considérée comme non avenue. Et, en effet, il s'agit moins ici d'une formalité d'un acte de procédure que de l'accomplissement d'une obligation qui tient à la substance du jugement par lequel les experts auraient été nommés d'office.

C'est ici le lieu de remarquer que, par arrêt du 14 nov. 1810, la cour de Rennes a décidé que l'exécution sans réserves d'un jugement qui nomme d'office les experts, rend non recevable l'appel de ce jugement, fondé sur ce que le tribunal n'aurait pas laissé aux parties la faculté d'en convenir.

[La faculté de convenir d'experts, dans les trois jours qui suivent le jugement, est un droit que la loi réserve aux parties, et dont le tribunal ne peut les priver. Aussi Favard, t. 4,

(1) Ainsi, par arrêts des 10 fév. 1809 et 15 juill. 1813 (Dalloz, t. 14, p. 331), la cour de Rennes, 3e ch., a décidé que la nomination de deux experts, faite d'office par le tribunal, une des parties ayant nommé le troisième, était irrégulière.

Néanmoins, rien ne s'opposerait à ce que le tribunal décernât acte à chacune des parties de la nomination qu'elle ferait de son expert, et nommât le tiers seulement, sur leur déclaration de lui laisser le choix. Ici, il y a accord des parties, et par conséquent, les articles 304 et 305 cessent d'être applicables.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce que disent les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 281 et 282, et c'est d'ailleurs ce qui se pratique tous les jours.

[C'est aussi, et avec raison, l'avis unanime de Favard, t. 2, p. 700, n° 3; Dalloz, t. 14, p. 328, n° 4; et Thomine, n° 356.]

(2) Cette disposition est surtout applicable, quand les experts, ayant leur domicile non loin de l'objet contentieux, sont, au contraire, éloignés de la ville où siége le tribunal.

(3) JURISPRUDENCE.

[On ne peut faire résulter un moyen de cassation de ce qu'en ordonnant une expertise, un arrêt a ordonné que les nouveaux experts procéderaient en présence des anciens experts et des fonctionnaires publics de la commune où ils doivent remplir leur mission. (Cass., 4 janvier 1820; Dalloz, t. 14, p. 337; Sirey, t. 20, p. 160.)]

p. 700, n° 3; Dalloz, t. 14, p. 328, n° 5, et Thomine, n° 357, enseignent, conformément à la solution de Carré et aux arrêts par lui cités, que la nomination d'office n'est que conditionnelle et ne peut devenir définitive qu'après l'expiration des trois jours. On peut ajouter à ces autorités les décisions identiques des cours de Brux., 15 oct. 1829 (J. de B., 1830, 1re, p. 30), et de Colmar, 3 avril 1830 (Sirey, t. 32, p. 626), sauf ce que nous avons dit sur la *Quest.* 806, au titre de la vérification d'écritures.

Il ne suffirait pas, pour que la nomination d'office fût définitive, que les parties, invitées sur l'audience à s'accorder sur le choix des experts, eussent refusé de le faire, ou que, sur les conclusions de l'une, tendant à ce qu'ils fussent désignés par le tribunal, la partie adverse n'eût rien objecté. Car la pensée de conciliation qu'elles n'ont pas eue dans ce moment peut entrer plus tard dans leur esprit, et c'est une chance que la loi a voulu favoriser en accordant le délai. Nous croyons donc que la cour de cassation a méconnu les vrais principes, en décidant, le 20 août 1828 (Sirey, t. 29, p. 34), que les parties ne pouvaient se plaindre d'une nomination définitive faite dans de telles circonstances. La cour d'Aix nous semble avoir évidemment mal jugé, le 14 juill. 1807, en disant que, lorsque l'une des parties assignées à convenir d'experts fait défaut, le tribunal peut faire sa nomination sans condition.

La circonstance que les parties auraient consenti à ce qu'il fût procédé par un seul expert ne leur ôterait pas non plus le droit d'en nommer un à la place de celui que le tribunal aurait désigné d'office, d'où il suit que le jugement doit toujours leur réserver cette faculté. Cependant, s'il ne l'avait pas fait, on pourrait facilement induire du consentement des parties sur le premier point leur accord sur le second, et alors le jugement ne devrait pas être annulé; c'est ce qu'ont jugé expressément, mais plus en fait qu'en droit, la cour de cass., le 28 déc. 1831, et la cour de Nancy, le 11 mai 1832.

Mais comme on l'a vu par l'arrêt de la cour de Rennes, que rapporte Carré, l'exécution du jugement qui contiendrait, mal à propos, une nomination définitive, rendrait la partie qui la ferait irrecevable à s'en plaindre; elle serait censée y avoir acquiescé. Dalloz ajoute, et avec raison suivant nous, que cette exécution couvrirait la nullité, même à l'égard de l'autre partie, puisqu'elle constaterait suffisamment qu'une nomination amiable était impossible.]

[1161 bis. *Le délai de trois jours fixé par l'art.* 305 *est-il fatal?*

Non: la fixation du délai de trois jours n'emporte pas la déchéance du droit de convenir d'experts après son expiration; car les parties sont toujours libres de transiger. Seulement l'exécution du jugement n'est plus suspendue. (*V.* le développement de notre opinion, *infrà, Quest.* 1169.)]

1162. *Le tribunal, après le délai de trois jours expiré, peut-il rétracter sa nomination faite d'office?*

Nous pensons, comme Thomine, que le délai de la récusation est un délai fatal; on serait donc, en général, déchu du droit de récusation si l'on ne profitait pas de ce délai : néanmoins, si les motifs étaient extrêmement graves, et que la preuve en fût mise sous les yeux du tribunal, on ne devrait pas tenir, à la rigueur, au point de décider que le tribunal ne pût rétracter la nomination qu'il aurait faite : les experts ne sont pour lui que des conseillers; il ne doit pas même suivre leur avis quand sa conviction s'y oppose (323). Il peut donc aussi rétracter son choix dans une circonstance particulière où il reconnaît qu'il ne pourrait raisonnablement accorder aucune confiance au rapport.

[C'est l'avis de Dalloz, t. 14, p. 328, n° 6, et de Thomine, n° 361, et nous le partageons.]

1163. *Les juges, greffiers et commis greffiers ne peuvent-ils remplir les fonctions d'expert?* [Quid *des étrangers et des condamnés?*]

C'est un principe que le juge ne peut remplir les fonctions d'expert, quelque talent qu'il eût pour toutes les opérations de ce ministère. (*Principes du droit* de Duparc-Poullain, t. 9, p. 47.)

Les greffiers ne peuvent non plus remplir ces fonctions; et en général, l'incapacité des juges pour certains objets s'étend à eux. (*V.* C. civ., art. 1597.)

Il y a d'ailleurs incompatibilité entre les fonctions de greffier et celles d'expert. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les art. 312 et suivants du Code de procédure sur les rapports d'experts. Le greffier qui doit assister le juge dans tous ces actes, et dont le poste est ou à l'audience ou au greffe, ne peut pas faire des expertises; il en est de même des commis assermentés.

Quant aux écrivains non assermentés, ils peuvent être nommés experts, soit d'office, soit par les parties; cependant s'ils travaillent habituellement au greffe, il convient de ne pas les nommer d'office, les rapports qu'ils y ont pouvant affaiblir la confiance des parties.

[Dalloz, t. 14, p. 326, nos 5 et 6, approuve l'exclusion prononcée par Carré contre les juges; mais il trouve qu'il n'y a point parité de raison à l'égard des greffiers. Il pense que le greffier d'un tribunal pourrait faire les fonctions d'expert, à la seule condition de se faire remplacer par un commis assermenté. Nous ne

voyons pas nous-même d'inconvénient à ce qu'il en soit ainsi, et, comme la loi ne prononce pas d'incapacité, nous partageons l'avis de Dalloz.

Relativement aux étrangers, le même auteur, t. 14, p. 326, n° 3, rappelle que l'art. 28, C. pén., déclare incapable des fonctions d'expert l'individu condamné à certaines peines, et que l'art. 42 autorise les tribunaux à prononcer, dans certains cas, la privation des droits politiques et civils, tels que... celui d'être expert (1). Il en conclut avec raison que c'est là un droit civil duquel, par conséquent, les étrangers ne peuvent jouir. On sait d'ailleurs que les experts donnent, par leur signature, un caractère d'authenticité à leur rapport (*V.* la *Quest.* 1223); c'est donc un ministère légal et public qu'ils remplissent. Or, pour remplir en France des fonctions légales, un office public, ne faut-il pas être Français?

A part ce petit nombre d'exceptions, le choix des juges ou des parties ne peut, à notre avis, être limité par aucune circonstance relative soit à la profession de l'expert mise en comparaison avec l'objet à vérifier, soit à son domicile distant ou rapproché des immeubles soumis à son expertise (Bordeaux, 15 avril 1836); soit à la dresse que le tribunal aurait faite *à priori* d'une liste d'individus particulièrement investis de sa confiance. (Cass., 30 déc. 1822; Dalloz, t. 13, p. 356.)

1164. *Le tribunal qui nomme d'office des experts doit-il, à peine de nullité, désigner leurs prénoms et professions?*

L'arrêt de Bruxelles que nous venons de citer sur la *Quest.* 1161 a résolu celle-ci pour l'affirmative, attendu qu'une désignation aussi vague que celle qui n'indiquerait les experts que par leurs noms de famille devait mettre la partie dans l'impossibilité de proposer contre eux des moyens de récusation, conformément à l'art. 309.

Nous remarquerons que la circonstance de l'éloignement du domicile de la partie du lieu où chacun des experts habitait a eu beaucoup d'influence sur cette décision, ou plutôt, d'après les termes de l'arrêt, en a été le motif déterminant.

Nous croyons aussi que la question que nous avons posée ne doit être décidée que d'après les circonstances, et que l'on ne pourrait justement annuler la nomination d'un expert, sur le seul motif que le tribunal eût omis d'insérer dans son jugement les prénoms ou la profession des experts, si d'ailleurs il était probable que les parties le connussent.

[Cet avis nous paraît très-sage. Il suffit que les parties ne puissent se tromper sur l'individualité des personnes désignées. S'il y avait une erreur dans la désignation des noms ou du domicile, on pourrait la faire réparer par un second jugement. C'est ce qu'a jugé la cour de Montpellier, le 15 mai 1810.

1165. *Le délai de trois jours, fixé pour nommer les experts, court-il du jour de la signification du jugement, s'il a été rendu par défaut?*

La disposition de l'art. 305, relative à ce délai, ne s'applique qu'au cas où le jugement est contradictoire et non entrepris par appel. En effet, si le jugement était rendu par défaut, comme il serait sujet à l'opposition, il est certain que ce ne serait qu'à l'expiration de la huitaine donnée pour l'attaquer par cette voie, ou à partir du jour du *débouté* de l'opposition, que le délai fixé par l'art. 305 commencerait à courir. De même, s'il était interjeté appel de ce jugement, et qu'il vînt à être confirmé, ce même délai ne courrait qu'à compter du jour de la signification de l'arrêt confirmatif.

[Nous approuvons sans difficulté cette solution, d'ailleurs conforme à l'avis de Favard, t. 4, p. 701, n° 4; Dalloz, t. 14, p. 329, n° 10, et Boncenne, n° 374. (*V.* ce que nous avons dit, § 1er, n° 3, art. 159.)]

1166. *Les parties sont-elles obligées de convenir d'experts, dans le délai fixé par l'art.* 305, *lorsque le tribunal a prononcé des condamnations au fond, avec cette alternative*, SI MIEUX N'AIMENT LES PARTIES A DIRE D'EXPERTS?

On sait qu'il arrive souvent que les tribunaux prononcent des condamnations, en laissant à la partie contre laquelle elles sont prononcées l'option de les faire exécuter, ou d'en faire arbitrer le montant à dire d'experts. Il a été jugé par la cour d'Orléans, le 12 déc. 1810 (*voy.* Hautefeuille, p. 170 et 171), dans une espèce où des condamnations sur le fond avaient été prononcées, avec faculté de recourir à un règlement par experts dans un délai déterminé, à peine de déchéance, que les parties n'étaient pas tenues de convenir d'experts dans les trois jours de la signification du jugement, parce qu'elles avaient un délai pour opter et demander l'expertise; que conséquemment ce n'était qu'à compter de l'expiration du délai pour opter, que l'expertise devait ou non avoir lieu; qu'ainsi, ce n'était que dans les trois jours à partir de l'expiration de ce même délai qu'elles devaient convenir d'experts, afin d'empêcher que ceux qui auraient été nommés d'office ne procédassent aux opérations.

(1) [Boncenne, n° 373, fait observer avec raison que, de même que pour les témoins (*voy.* la *Quest.* 1120), cette incapacité continue à subsister après l'accomplissement de la peine.]

[Berriat, n° 8, approuve cette solution qui nous paraît aussi conforme aux principes.]

1167. ***Le juge-commissaire, n'étant nommé que pour recevoir le serment, peut-il assister à l'expertise?***

Il le peut si le tribunal l'a ordonné, sur la demande d'une des parties qui craindrait que sa partie adverse se livrât, lors de l'opération, à des propos ou à des actes qui troubleraient les experts ou qui les gêneraient pour donner leur avis. En ce cas, dit Pigeau, t. 1, p. 216, n° 336, on autorise le juge à ordonner par provision ce qu'il estimera convenable, soit pour prévenir les résistances, soit pour les réprimer, même à ordonner tout ce qu'il croira nécessaire pour mettre les experts en état de faire leur rapport, comme des ouvertures de portes, des fouilles, etc.

Cette opinion nous paraît conforme à l'esprit de l'art. 295, qui, sur la réquisition d'une des parties, autorise le tribunal à ordonner une descente de juges. Or, dans l'espèce proposée, le tribunal ordonnerait moins encore qu'une descente, puisque le juge n'aurait aucun renseignement à donner sur les objets de l'expertise, et que sa mission serait bornée à procurer l'exécution du jugement qui l'aurait ordonnée.

[Nous partageons cette opinion qui s'appuie de l'assentiment de Favard, t. 4, p. 700, n° 1, et Dalloz, t. 14, p. 329, n° 7.]

[**1167 bis.** ***Le tribunal qui ne choisit pas dans son sein le juge chargé de recevoir le serment des experts doit-il nécessairement désigner, pour remplir cette commission, le juge de paix du lieu où l'opération doit être faite?***

La réponse serait sans doute affirmative, si l'art. 305 était la seule disposition du Code relative à cette matière : sa rédaction semble, en effet, ne pas laisser la liberté du choix. Aussi la cour de Brux. a-t-elle jugé, par cette considération, les 11 et 20 fév. 1835 (J. de B., 1835, t. 2, p. 32, et 1836, t. 2, p. 267), que toute autre délégation était nulle. Nous ne croyons pas devoir approuver ces décisions; si l'on consulte en effet l'art. 1035 du Code de procédure civile, qui donne toute latitude aux juges en cette matière, on ne pourra s'empêcher de reconnaître que, dans l'art. 305, le juge de paix du lieu n'a été indiqué que *per modum exempli,* et comme celui qui, naturellement, en serait le plus souvent chargé. Mais cette disposition ne peut empêcher les tribunaux d'adresser leur délégation à tout autre magistrat, même à un autre tribunal ou à l'un de ses membres, soit pour faire la nomination des experts, soit pour recevoir le serment de ceux qui seraient déjà nommés, soit pour indiquer le juge devant lequel ce serment devrait être prêté.

Cette opinion fondée sur l'art. 1035, est professée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 559 et 560, et Favard, t. 4, p. 700, n° 4.]

ART. 306. Dans le délai ci-dessus, les parties qui se seront accordées pour la nomination des experts en feront leur déclaration au greffe (1).

Tarif, 91. — [Tar. rais., nos 224 et 225.] — C. pr., art. 1035. — (*Voy.* FORMULE 263.)

CCLVI. Il est entendu que le greffier qui reçoit cette déclaration doit en dresser acte.

1168. ***La déclaration exigée par l'art. 306 doit-elle être faite par chacune des parties assistée de son avoué?***

Oui, parce que cette déclaration est un acte judiciaire, et qu'aucun acte fait dans le cours d'une instance ne peut être fait sans assistance d'avoué; c'est pourquoi l'art. 91 du Tarif accorde une vacation à cet officier ministériel. (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 216, n° 336.)

[C'est ce que nous enseignons en notre *Comment. du Tarif*, t. 1, p. 305, n° 5. Mais Dalloz, t. 14, p. 329, n° 11, pense qu'il n'y aurait pas nullité, si les parties s'étaient présentées seules. La loi ne prononçant pas de nullité, les juges ne devraient pas sans doute appliquer cette peine; mais la marche que nous indiquons est plus régulière; le greffier d'ailleurs refusera de recevoir le dire d'une partie non assistée de son avoué; au reste, la présence simultanée de *toutes* les parties est indispensable pour que le greffier puisse dresser son acte.]

1169. ***Si, postérieurement aux trois jours que donne l'art. 305 pour convenir d'experts, les parties, conformément à l'article 306, déclaraient au greffe les noms des experts qu'elles auraient choisis, ces derniers feraient-ils l'opération de préférence à ceux qui auraient été nommés d'office?***

Lepage maintient l'affirmative, dans ses *Quest.*, p. 207, attendu que la nomination d'office n'est faite que dans l'intérêt des parties, dont l'une ne peut être retardée dans ses poursuites par la négligence de l'autre à convenir d'experts; mais, dit cet auteur, si aucune des parties ne se met en mesure pour que l'expertise soit faite par les personnes nommées par le tribunal, si, au contraire, les deux parties nomment des experts, rien ne s'oppose à ce que ce soient

---

(1) *Au greffe.* Si cependant la nomination était faite autrement qu'au greffe, elle ne serait pas nulle. (Perrin. *Tr. des Nullités*, p. 236.)

[C'est l'avis exprimé par Thomine, n° 358.]

les experts convenus par elles qui procèdent, et c'est même ce qui paraît être dans l'intention de la loi.

Tel est aussi le sentiment de Delaporte, t. 1, p. 294, et des auteurs du *Comm.* inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 288.

Mais ces auteurs estiment que l'exercice de la faculté de convenir ainsi d'experts, même après le délai, cesse dès que l'ordonnance prescrite par l'art. 307 a été délivrée, et Delaporte dit même qu'il cesse au moment où cette ordonnance a été demandée. Nous ne pensons pas que cette faculté doive être restreinte à ce point. Sans doute, il est un terme auquel les opérations ordonnées par la justice ne peuvent être interrompues; mais il faut qu'elles soient commencées. Or, le Code ne dit point, au titre de l'expertise, comme il l'a dit pour les enquêtes en l'art. 257, que cette opération sera censée commencée par l'obtention de l'ordonnance du juge-commissaire; ce n'est véritablement que par le serment prêté par les experts, en vertu de cette ordonnance, qu'ils sont censés avoir accepté la commission, et que l'opération peut être réputée commencée. Ce n'est donc qu'à cette époque que l'on doit assigner le terme de la faculté donnée aux parties de s'accorder sur le choix des experts.

[Pour éviter l'indécision que l'on remarque dans la solution qu'on vient de lire, il faut se rattacher à un principe fixe; c'est faute de l'avoir posé, que Lepage, Delaporte, Carré et Favard qui, t. 4, p. 701, n° 5, adopte l'avis de ce dernier, tout en suivant la même voie, ont cru devoir s'arrêter chacun sur un point différent; en effet, du moment que l'on admet qu'il y a, après l'expiration du délai de la loi, une époque de la procédure où cesse la faculté de choisir amiablement les experts, il n'y a plus aucune raison pour fixer le terme précis de cette déchéance. Dalloz, t. 14, p. 329, n° 9, se prononce pour la déchéance absolue, dès l'expiration des trois jours fixés par l'art. 305, parce que, dit-il, le tribunal ne peut pas être soumis au caprice des parties. Boncenne, n°374, et Thomine, t. 1, p. 509, pensent au contraire que cette faculté peut être exercée en tout état de cause, après l'ordonnance, après le serment, et même après le commencement des opérations. Ces deux opinions extrêmes sont soutenables peut-être avec plus d'avantage que celles des auteurs précédemment cités. Mais l'avis de Thomine et de Boncenne nous semble préférable. Le délai de trois jours n'est fixé par la loi que pour faire connaître qu'après ces trois jours la nomination d'office sera définitive, en ce sens que la partie la plus diligente puisse provoquer l'opération, que ses suites ne soient plus arrêtées, et qu'une seule des parties ne vienne pas, par un choix tardif, changer la composition des commissaires chargés de faire l'opération.

Une question analogue s'est présentée en matière d'arbitrage forcé. Une des parties voulait avoir le droit de choisir son arbitre, après le délai fixé par le tribunal, sur le motif que son adversaire avait choisi le sien. Malgré les protestations de l'avocat de cette partie, sur notre plaidoirie, le tribunal arbitral se constitua, et on acquiesça à sa décision; il est bien évident que, dans cette espèce même, si les deux parties avaient été d'accord, les arbitres nommés par le tribunal n'auraient pas pu juger les parties malgré elles.]

1170. ***Si le tribunal, en nommant des experts d'office, a refusé acte aux parties de la nomination qu'elles avaient faite elles-mêmes, ou omis de leur ordonner de convenir d'experts dans le délai de l'article* 305, *les parties doivent-elles appeler?***

Les parties peuvent faire leur déclaration au greffe et requérir l'ordonnance du juge-commissaire, à fin de prestation de serment. Si le juge refuse de recevoir le serment des experts et de les laisser opérer, ou que ceux nommés d'office veuillent opérer, on revient au tribunal, et on relève appel, s'il maintient les experts nommés d'office.

[Cette procédure nous paraît fort régulière.]

Art. 307. Après l'expiration du délai ci-dessus, la partie la plus diligente *prendra* l'ordonnance du juge, et fera sommation aux experts nommés par les parties ou d'office, pour faire leur serment, sans qu'il soit nécessaire que les parties y soient présentes.

Tarif, 29, 76, 91.—[Tar. rais., nos 226, 227 et 228.] — Ord., tit. XXI, art. 10 (1). — (*Voy.* Formules 264, 265, 266 et 267.)

CCLVII. La partie la plus diligente obtient, sur la requête du juge-commissaire (*Tarif*, art. 76), une ordonnance, afin de nommer les experts choisis ou nommés d'office, pour qu'ils aient à comparaître devant le juge aux jour, heure et lieu par lui fixés, et faire leur serment de bien et fidèlement s'acquitter de la commission qui leur est confiée. Mais comme il est libre aux parties d'assister ou non, il serait frus-

(1) JURISPRUDENCE.

[1° Le jugement qui ordonne une expertise doit être signifié à la partie adverse, à peine de nullité de l'opération. (Besançon, 21 juin 1815, et 26 juill. 1821; Dalloz, t. 14, p. 546.)

2° Les experts nommés par les consuls en pays étranger doivent, avant de procéder à leurs opérations, prêter serment, à peine de nullité de celles de leurs expertises qui ne mentionnent pas cette formalité. (Cass., 9 mars 1831; Sirey, t. 31, p. 220.)]

tratoire de leur faire une sommation à cet effet (1).

1171. ***Le poursuivant doit-il sommer la partie adverse d'être présente à la prestation du serment des experts?***

Cela n'est pas nécessaire, puisque l'art. 307 porte que le serment peut être prêté en l'absence des parties. (Voy. *Quest.* de Lepage, t. 1, p. 293; *Comm.* inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 293; Hautefeuille, p. 173.)

[*Voy.* aussi Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 561, et la note *infrà*.]

Néanmoins, dit Pigeau, t. 1, p. 217, n° 337, il est à propos de le faire, afin que, si la partie adverse se présente, l'indication par les experts du jour où ils procéderont à l'opération lui vaille sommation de s'y trouver (2).

[Cela est fort juste.]

1172. ***Quand les parties ont elles-mêmes nommé les experts et les ont expressément dispensés du serment, l'une d'elles peut-elle demander la nullité de leur opération, sur le motif qu'ils n'ont pas prêté le serment?***

On a dit, pour l'affirmative, que la formalité du serment intéresse l'ordre public, parce qu'elle a pour but d'imposer aux experts le devoir d'apporter la plus grande impartialité à leurs opérations; qu'on ne peut déroger aux lois de droit public, et que, par conséquent, une partie qui avait consenti à ce que des experts fussent dispensés du serment était recevable à opposer la nullité d'une opération faite par des experts non assermentés.

Mais ces moyens ont été rejetés par un arrêt de la cour de Florence du 23 juin 1810, attendu qu'il s'agissait d'une formalité qui tenait à l'intérêt privé des parties, et que, conséquemment, leurs conventions devaient servir de règle.

[Deux autres arrêts de la cour de cass., l'un du 30 nov. 1824 (Dalloz, t. 14, p. 332), le second du 21 juillet 1830, ont jugé qu'on ne peut demander la nullité d'une expertise pour défaut de serment du tiers expert, après avoir consenti à ce qu'il opérât sans remplir cette formalité. C'est l'opinion de Dalloz, t. 14, p. 329, n° 13 et à la note. Néanmoins la cour de Brux. a jugé, le 12 fév. 1835 (J. de B., 1835, 2°, p. 386), que le silence des parties ne devrait pas être considéré comme une dispense tacite du serment, et que, malgré ce silence, une partie pourrait, après les opérations, arguer l'expertise de nullité pour défaut de serment des experts; parce que le serment est une formalité substantielle sans laquelle ils n'ont point qualité pour procéder. Ce motif est en opposition directe avec le principe qui permet d'accorder aux parties la faculté de dispenser les experts du serment, puisqu'on se fonde, dans ce dernier système, sur cette considération que le serment ne serait point d'ordre public, mais seulement une garantie à laquelle les particuliers peuvent renoncer; et la même cour semble l'avoir aussi reconnu, lorsque, par son arrêt du 20 fév. 1835 (J. de B., 1836, 2°, p. 267), déjà cité sur la *Quest.* 1167 *bis*, elle a décidé que la nullité résultant de ce que les experts ont prêté serment devant un juge de paix autre que celui du lieu de l'expertise est couverte par cela que les parties ont assisté à l'opération des experts. Il nous semble que, si la prestation du serment était réellement d'ordre public, et qu'elle ne pût avoir lieu que devant le juge de paix du lieu de l'expertise, ce que nous n'admettons pas (*voy.* la *Quest.* 1167), l'accomplissement de cette formalité devant un officier incompétent équivaudrait à l'omission complète, en sorte que la nullité qui en serait la suite devrait être considérée comme aussi absolue, et ne pas être couverte par le silence ou l'assistance des parties. Mais comme il n'en est pas ainsi, la cour de cass. a jugé d'une manière générale, le 24 niv. an XIII (Dalloz, t. 14, p. 339), que la partie qui a fait procéder elle-même à une expertise, est irrecevable à se plaindre des nullités qui peuvent en vicier les opérations. (*V.* au reste les *Quest.* 1185, 1186, et 1199.)]

ART. 308. Les récusations ne pourront être proposées que contre les experts nommés d'office, à moins que les causes n'en

---

(1) Toutefois, l'art. 91 du Tarif accorde une vacation aux avoués pour y comparaître.

(2) Delaporte, t. 1, p. 295, et Demiau, p. 226, *in fine*, regardent comme indispensable d'appeler la partie à la prestation du serment; mais si, comme nous le pensons, et comme le disent Hautefeuille et Demiau (voy. *ubi suprà*), la requête présentée au juge-commissaire, ainsi que son ordonnance, doivent être signifiées à la partie, au domicile de son avoué, parce qu'elles font partie de la procédure, cette signification, qui donne à cette partie connaissance du jour et de l'heure fixés pour la prestation du serment, n'est-elle pas pour elle un avertissement suffisant de se présenter si bon lui semble? Exiger en outre une sommation, ne serait-ce pas multiplier les frais sans nécessité, puisque l'article 307 n'impose pas aux parties l'obligation de comparaître?

[L'opinion de Delaporte et Demiau est incontestable; aussi est-elle approuvée par Favard, t. 4, p. 702, n° 1; Thomine, n° 359; Dalloz, t. 14, p. 329, n° 12, et Boncenne, n° 376. Il n'est pas non plus nécessaire, d'après ce dernier auteur, dont nous approuvons la doctrine, de signifier à la partie, à son domicile, la requête ni l'ordonnance.]

soient survenues depuis la nomination et avant le serment.

C. pr., art. 197, 237, 309, 310, 430 (1).

CCLVIII. Il résulte de la combinaison des art. 308 et 310 que les experts convenus par les parties ne peuvent *en général* être récusés; car, en les choisissant, on a dû les connaître, et, s'il y avait contre eux des causes de récusation, on est présumé les avoir considérées comme indifférentes.

Il n'en est pas de même, si la cause de récusation était postérieure au choix qu'une partie a fait d'un expert récusable. Si cet expert, par exemple, était devenu allié de l'une des parties, en ce cas il y aurait exception à la règle, et la récusation pourrait être proposée contre cet expert, mais avant toutefois qu'il eût prêté serment. (Voy. *Quest.* suiv.)

A l'égard des experts nommés d'office, ils peuvent être récusés même pour cause existante au moment de leur nomination. La justice de cette faculté est de toute évidence.

[1172 bis. *Si les causes de récusation, quoique antérieures à la nomination, n'avaient pu être connues à cette époque, serait-on admis à les proposer contre des experts choisis à l'amiable?*

Nous pensons, avec Thomine, n° 362, que la récusation faite dans de telles circonstances serait admissible. En effet, la loi, en prohibant la récusation des experts choisis à l'amiable pour des causes antérieures à ce choix, n'a voulu que prévenir la versatilité des parties en leur faisant porter la peine d'une nomination qu'elles auraient faite inconsidérément; mais, lorsqu'il n'a pas dépendu d'elles de connaître les motifs de suspicion, la justice doit venir à leur secours, et les protéger contre une fraude qui sans cela pourrait devenir très-commune. Il nous semble donc qu'on pourrait regarder comme survenues depuis la nomination, les causes de récusation dont la connaissance n'aurait pu être acquise avant cette époque. (Voy. *Quest.* suiv.)]

1173. *Est-il, nonobstant la disposition de l'art.* 308, *des cas où l'on puisse récuser, après le serment, des experts nommés à l'amiable?*

Il résulte expressément de l'art. 308, combiné avec l'art. 309, que jamais la récusation ne peut être proposée contre un expert quand il a prêté serment. Ainsi, dans le cas même où les experts auraient bu ou mangé avec l'une des parties, ou reçu d'elles des présents pendant le cours de leurs opérations, il ne nous paraîtrait pas, comme aux auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 234, que l'expert pût être récusé, quelque violents que fussent les soupçons de séduction; nous dirons seulement, avec ces mêmes auteurs, et Lepage, dans ses *Quest.*, p. 207 et 208, que la partie intéressée pourrait du moins, lorsque le tribunal aurait à prononcer d'après les résultats de l'expertise, soumettre ces circonstances au tribunal, afin qu'il y eût tel égard que de raison, et qu'il n'attachât pas à ces résultats la confiance dont ils seraient dignes si nul soupçon de partialité n'était élevé contre les experts ou l'un d'eux. C'est d'ailleurs ce qui était autorisé sous l'empire de l'ordonnance, dont l'art. 15 du tit. XXI défendait aux commissaires et aux experts de recevoir par eux ou par leurs domestiques aucun présent des parties, ni de souffrir qu'elles les défrayassent. Berriat, note 16, dit que cette règle, que la cour de Trèves proposait de consacrer par une disposition du Code, doit être conservée, et, si elle l'est, son effet sera sans doute d'atténuer, comme nous venons de le dire, la confiance du tribunal dans les apurements donnés par les experts.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 561, pense que, si la cause de récusation née avant le serment n'avait été découverte que depuis, elle pourrait encore être proposée. Cette opinion s'accorderait avec la solution par nous donnée sous le numéro précédent, si la prestation du serment, et le respect dû à cet acte solennel, ne paraissaient être, dans l'esprit de la loi, un obstacle insurmontable à l'admission de toute récusation. Les termes de notre article sont à cet égard très-formels. Il est vrai que la cour de Bordeaux a jugé, le 2 août 1833, qu'un expert nommé d'office peut être récusé après avoir prêté serment, si cette prestation a eu lieu immédiatement après sa nomination; mais on sent que, dans cette circonstance toute particulière, sous peine de rendre illusoire et impossible à exercer la faculté de récusation pour laquelle la loi accorde trois jours, il a fallu de toute nécessité admettre cette exception qui ne fait que confirmer le principe. Au reste, une prestation de serment si prompte est fort irrégulière; l'art. 309 suppose évidemment qu'elle ne doit avoir lieu qu'après l'expiration des trois jours accordés pour proposer la récusation. Cependant la cour d'Amiens a décidé le 7 déc. 1822 (Dalloz, t. 14, p. 337), que lorsque des causes de récusation contre les experts sont survenues pendant les opéra-

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Il faut faire connaître à la partie défaillante les noms des experts nommés d'office, pour la mettre en demeure de les récuser. (Rennes, 13 juillet 1813.)]

tions, elles peuvent être proposées même six mois après la clôture et le dépôt du procès-verbal. Quoique cet arrêt soit fortement motivé, et que ses motifs nous semblent fondés en équité, nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître qu'il est en opposition directe avec l'art. 308, qui refuse d'admettre aucune récusation pour cause survenue depuis le serment. Le remède que Carré propose contre un tel inconvénient nous paraît plus convenable parce qu'il est le seul légal, comme l'enseignent unanimement Favard, t. 4, p. 702, n° 2; Dalloz, t. 14, p. 334, n° 2, et Thomine, n° 361.

Boncenne, n° 376, soutient aussi qu'on ne peut plus, sous aucun prétexte, proposer de récusation contre un expert qui a prêté serment.]

Art. 309. **La partie qui aura des moyens de récusation à proposer sera tenue de le faire dans les trois jours de la nomination, par un simple acte signé d'elle ou de son mandataire spécial, contenant les causes de récusation et les preuves, si elle en a, ou l'offre de les vérifier par témoins. Le délai ci-dessus expiré, la récusation ne pourra être proposée, et l'expert prêtera serment au jour indiqué par la sommation.**

Tarif, 71.—[Tar. rais., n° 231.]—Ordonn., tit. XXI, art. 7. — C. pr., art. 1029, 1035. — [Locré, t. 9, p. 156, 232, 261, 293.] — (*Voy.* Formule 268.)

CCLIX. L'article 309 veut impérieusement que la partie propose, dans le délai fixé, les récusations qu'elle aurait à faire contre des experts nommés d'office. Ce délai peut sans doute être facilement observé, quand le jugement est prononcé contradictoirement ou par défaut, faute de plaider. S'il est rendu par défaut contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué, elle ne peut être informée de ce qui se passe, et on ne peut lui imputer à faute de ne s'être pas conformée à l'art. 309. La loi ne prévoit point cette difficulté; mais il nous semble qu'elle est résolue par l'art. 383, et que, par identité de raison, on doit décider que le délai court du jour de l'expiration de la huitaine pour former opposition, et que, s'il y a eu opposition, il court du jour du débouté de l'opposition, même par défaut.

1174. *Les trois jours accordés pour la récusation sont-ils francs?*

Nous ne le pensons pas, parce qu'ils établissent un délai ordinaire de procéder. Ainsi, le jour de la nomination des experts ne compterait point, mais celui de l'échéance serait compris.

[C'est aussi l'avis de Favard, t. 4, p. 702, n° 3, et de Dalloz, t. 14, p. 334, n° 4. Nous y adhérons sans difficulté.]

1175. *Le délai de la récusation courra-t-il du jour de la prononciation du jugement, à l'égard des experts nommés d'office?*

On a pensé que ce délai ne devait commencer à courir, dans ce cas, que trois jours après la signification du jugement. Si, dit-on, le délai devait courir du jour même du jugement, il arriverait qu'une partie, dont le domicile serait éloigné, se trouverait souvent déchue du droit de récusation, avant qu'elle eût pu être informée de la nomination des experts.

Nous pensons néanmoins que, si le jugement est contradictoire, on doit, en se gouvernant par analogie, d'après ce que prescrit l'art. 383, décider que la récusation doit avoir lieu dans les trois jours à compter du jugement ou de la nomination des experts, quel que soit d'ailleurs l'éloignement du domicile de la partie. En effet, pour qu'elle pût avoir connaissance de la nomination d'office des experts, il faudrait que le jugement lui fût notifié à domicile; or la loi ne le dit pas, la signification à avoué suffit : le délai est donc fatal, si le jugement est contradictoire (1).

[Pour que la nomination puisse faire courir le délai de trois jours porté par l'art. 309, il faut, dit Thomine, n° 363, que le jugement qui la contient soit connu, que l'exécution n'en soit pas suspendue par quelque cause, qu'enfin il soit définitif; et de là il conclut : 1° avec tous les auteurs (2), et en s'appuyant sur l'art. 383, que si le jugement est par défaut, le délai ne court que du jour de l'expiration du délai pour faire opposition, ou du jour du débouté de cette opposition si elle a lieu; 2° que, s'il est contradictoire, mais sujet à l'appel, le délai est encore suspendu pendant la première huitaine qui suit la prononciation, huitaine pendant laquelle le

(1) C'est aussi ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Rennes du 17 juin 1816, 1re ch. (Dalloz, t. 14, p. 336.) Il faut néanmoins convenir que les arguments d'après lesquels on a soutenu que le délai ne devait courir qu'à partir de la signification du jugement qui nomme les experts, ne sont pas dénués de tout fondement. On peut dire que ce jugement ne nomme les experts d'office que par précaution et d'avance, comme nous l'avons dit, Comm. de l'art. 305, pour le cas où les parties ne conviendraient pas elles-mêmes d'experts, dans les trois jours de la signification du jugement. Pendant ce premier intervalle, la nomination faite par le juge n'est que conditionnelle; elle ne devient absolue que quand il est expiré. Ainsi, dit Thomine, le délai pour récuser les experts ne commence point à courir du jour de la signification du jugement, mais seulement trois jours après : en sorte que les parties ont réellement six jours depuis la signification du jugement, pour s'informer de la qualité et de la moralité des experts, et les récuser, s'il y a lieu.

(2) [On peut voir, dans ce sens, Delaporte, t. 1, p. 296; Demiau, p. 227 et 228; Favard, t. 4, p. 703; Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 562, et Boncenne, n° 376.]

jugement ne peut être exécuté, et de plus jusqu'au démis de l'appel, s'il est interjeté; 3° qu'alors même que le jugement est contradictoire et sans appel, ce n'est pas encore du jour de la prononciation que court le délai pour proposer des récusations contre les experts nommés d'office à défaut de désignation amiable; car, dit toujours le même auteur, cette nomination d'office n'est que conditionnelle pour le cas où les parties ne s'accorderaient pas dans les trois jours de la signification. Or, on sait qu'en général les prescriptions et déchéances ne courent pas pendant l'existence des conditions, art. 2257, C. civ. Ainsi, tant que la signification n'a pas lieu, et que trois jours ne se sont pas écoulés depuis, il n'y a pas en quelque sorte de nomination. Ce n'est qu'à leur expiration que la désignation conditionnelle du tribunal devient une nomination véritable. Il est donc parfaitement dans l'esprit de la loi de ne faire courir que de l'expiration de ces trois jours le délai de l'art. 309. Cette interprétation, qui a l'avantage de faire concorder ensemble un grand nombre de dispositions légales en apparence contradictoires, a été pleinement consacrée par la cour royale de Montpellier, le 17 avril 1822, et par celle d'Aix, le 9 déc. 1834 (Sirey, t. 33, p. 165). Ces deux arrêts sont fortement motivés. Favard, t. 4, p. 705, n° 5, et Dalloz, t. 14, p. 334, n° 5, y refusent néanmoins leur assentiment. Quelle que soit la valeur de l'argument que ces auteurs puisent dans l'intention où aurait été, d'après eux, le législateur d'abréger les délais autant que possible, il ne nous semble pas convenable de sacrifier à cet avantage les intérêts des parties qui pourraient être compromis par une si grande précipitation; surtout si, demeurant dans un lieu éloigné du siége du tribunal, la nomination des experts ne parvenait à leur connaissance qu'après que le droit de les récuser aurait cessé pour elles. Pigeau, frappé de cet inconvénient, enseigne même, *Comm.*, t. 1, p. 562, qu'il faut augmenter le délai d'un jour par trois myriamètres de distance.

La cour de Bordeaux semble avoir été plus loin que toutes les autorités qui précèdent, en décidant d'une manière générale que le délai pour récuser un expert court seulement du jour où sa nomination est connue de la partie qui le récuse (16 janv. 1833). En fait, la récusation avait eu lieu le jour même de la signification à partie.

Demiau, p. 228, s'était déjà plaint de l'incohérence qu'il remarquait dans l'art. 309, en ce qu'il ne fixe pas un délai particulier pour la récusation des experts nommés d'office, lequel ne devrait pas courir, suivant lui, tant qu'on est dans le délai pour en nommer d'autres. Il lui semblait inutile, sinon absurde, d'obliger les parties à récuser les experts dans les trois jours du jugement, tandis qu'elles étaient encore à temps à rendre la nomination sans effet, en s'accordant pour en choisir d'autres. Mais Demiau se bornait à exprimer le vœu que le législateur fît une réforme sur ce point; il n'avait pas voulu hasarder un avis qui rendît la loi moins incohérente et qui conciliât ses diverses dispositions. Il avait eu tort; car il est du devoir de la jurisprudence et des auteurs de réformer, par l'application et l'interprétation, ce que le texte des lois peut offrir de vicieux au premier abord. Aussi le sentiment de ce dernier auteur ne sert qu'à nous confirmer dans l'opinion émise par Thomine, combattue par Carré, et approuvée par Devilleneuve. (Sirey, t. 35, 2°, p. 165.)]

[1175 bis. *Le délai pour récuser un expert est-il fatal?*

Oui, sauf les cas d'exception dont nous avons parlé sous la *Quest.* 1172 *bis*; l'art. 309 se termine en effet par cette disposition : *Le délai ci-dessus expiré, la récusation ne pourra être proposée*; et, comme le fait observer Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 562, l'art. 1029 nous apprend qu'aucune déchéance n'est comminatoire. Au reste, Carré a déjà exprimé ce sentiment sur la *Quest.* 1162, et nous y avons adhéré. C'est donc à tort, selon nous, que Thomine, n° 360, insinue, quoique avec réserve, que, si la cause de la récusation était grave, et si l'avoué justifiait qu'il n'a pu en temps utile se procurer le pouvoir de sa partie, les juges auraient la faculté d'admettre cette récusation tardive. Cette opinion est condamnée par les termes formels de la loi, autant que par son esprit; nous croyons que c'est satisfaire à tout ce que l'intérêt des parties peut exiger, que d'admettre, relativement au point de départ du délai, l'avis du même auteur par nous rapporté sur la *Quest.* 1175; Lepage, t. 1, p. 208, Favard, t. 4, p. 702, n° 3, et le *Prat.*, t. 2, p. 234, pensent aussi que le délai est fatal. Cette opinion est encore consacrée par les arrêts de la cour de Rennes du 17 juin 1816 (Dalloz, t. 14, p. 336) (1); de Bordeaux, 4 juill. 1832; de Liége, 9 déc. 1835 (J. de B., 1836, 2°, p. 108). Néanmoins, Boncenne, n° 376, est d'un sentiment contraire. Il traite le délai de l'art. 309 comme celui de l'art. 305. (Voy. *suprà*, la *Quest.* 1161 *bis*.)]

[1175 ter. *L'avoué de la partie peut-il, sans mandat* ad hoc, *récuser un expert?*

Non; car le mandat qu'il a reçu pour poursuivre l'affaire n'est pas le mandat *spécial* de

(1) [C'est précisément la question que cet arrêt a jugée, quoique Carré l'ait cité, à la note de la *Quest.* 1175, pour en tirer une autre conséquence.]

récuser que demande l'art. 309. Ainsi l'a jugé la cour d'Orléans, le 11 mai 1821 (Dalloz, t. 14, p. 324); et Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 562, ajoute : « Les reproches contre les témoins peuvent être proposés par l'avoué sans qu'il soit obligé de justifier d'un pouvoir. Les experts étant des témoins, il semble qu'il en devrait être de même; cependant, la loi exige la signature de la partie ou de son mandataire, parce que, les fonctions d'expert participant de celles du juge, elle a voulu que la voie à suivre pour leur récusation fût à cet égard aussi solennelle. » Boncenne, n° 376, et Dalloz, t. 14, p. 334, à la note, approuvent aussi l'arrêt de la cour d'Orléans. Mais la cour de Bordeaux a décidé, le 16 janv. 1833, qu'il n'y aurait pas nullité de l'acte de récusation alors même qu'il ne porterait la signature ni de la partie, ni de son avoué, ni d'aucun mandataire spécial, cette nullité n'étant pas prononcée par la loi. Est-il nécessaire qu'une pareille nullité soit prévue? ou plutôt est-ce là ce qu'on peut appeler une nullité? n'est-ce pas plutôt un vice qui ôte l'existence à l'acte, qui fait que la récusation n'a pas eu lieu, puisqu'elle n'émane point de la personne qui seule avait le droit, et le droit personnel de la proposer ?]

[**1175** quater. *La partie, qui veut prouver par témoins la cause de sa récusation, est-elle tenue de désigner ses témoins dans l'acte dont parle l'art.* 309?

Oui, suivant Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 563, par argument de l'art. 289, qui exige cette désignation immédiate lorsqu'il s'agit d'établir une cause de reproche. Les motifs de célérité se rencontrent ici. Nous partageons cette opinion, que Thomine a approuvée aussi implicitement, n° 361.]

Art. 310. Les experts pourront être récusés par les motifs pour lesquels les témoins peuvent être reprochés.

Jousse, sur l'art. 9 du tit. XXI de l'ord. — Code civ., art. 25. — C. pr., art. 28, 42, 43, 202, 208, 283. — Locré, comme à l'article précédent (1).

CCLX. On peut demander, sur cet article, quel est le motif pour lequel le législateur indique, pour causes de récusation contre les experts, plutôt les moyens de reproches indiqués par l'art. 283, contre les témoins, que ceux que l'art. 378 admet pour la récusation des juges. Ce motif est que les experts ne sont point des juges, puisque leur avis ne lie en aucune manière le tribunal (art. 323); ce sont des témoins instruits qui viennent déposer, d'après les connaissances de leur art, des déclarations propres à éclairer les juges sur les objets à l'égard desquels ceux-ci ont cru nécessaire d'avoir ces déclarations (2).

1176. *La récusation est-elle suspensive de l'effet de la nomination de l'expert?*

Oui, sans doute, puisque la récusation suspend la prestation de serment, qui ne peut plus avoir lieu qu'après le jugement qui la rejetterait. (Arg. des art. 309 et 387.) C'est une différence remarquable entre l'expert et le té-

---

(1) JURISPRUDENCE.

[1° Lorsqu'une expertise est annulée par le motif qu'il y a été procédé par l'un des experts seul, en l'absence de l'autre, il y a lieu, en cas de nouvelle expertise, de récuser l'expert qui a irrégulièrement opéré, et de nommer un expert pour la partie qui avait nommé l'expert récusé, si elle n'en nomme pas un elle-même (Brux., 31 juill. 1811; Dalloz, t. 14, p. 336); mais cette décision et les suivantes, dérivant du pouvoir discrétionnaire des juges pour admettre ou rejeter les causes de reproche ou de récusation qui ne sont pas énumérées dans l'art. 283, ne doivent pas être prises pour des règles certaines de droit; leur application dépend uniquement des circonstances;

2° Est récusable l'expert qui, dans le cours de l'opération, a bu et mangé avec l'une des parties et à ses frais, de la part de celui qui n'y a pas consenti, quoique son litisconsort ait assisté au repas (Amiens, 7 déc. 1822; Dalloz, t. 14, p. 337);

3° Une partie ne peut pas reprocher des experts pour avoir bu et mangé chez la partie adverse et à ses frais, lorsqu'elle-même s'est mise à table avec eux (Bourges, 30 mars 1829);

4° Un expert n'est pas récusable sur le motif seul qu'il aurait été précédemment l'avoué de la partie qui l'a nommé (Paris, 30 janv. 1825; cass., 21 janv. 1825);

5° N'est pas suffisant pour autoriser la récusation d'un expert, le motif tiré de ce que, plusieurs années avant l'expertise, il aurait fait exécuter contre l'une des parties un jugement de condamnation au payement d'une somme pécuniaire (Bordeaux, 16 janv. 1833);

6° On ne peut récuser un expert pour avoir eu un procès contre une partie, s'il n'a suivi ce procès qu'en qualité de consignataire pour un armateur et non pas en nom personnel (Rennes, 4 fév. 1818);

7° L'emploi qu'une partie aurait fait d'un géomètre, dans le cours d'une expertise, pour opérer dans son intérêt particulier, n'est pas une cause de récusation (Liége, 9 déc. 1835; J. de B., 1836, 2e, p. 108);

8° Néanmoins peut être récusé l'expert qui est *habituellement* employé comme géomètre par l'une des parties en cause; il est en quelque sorte son mandataire (Aix, 9 déc. 1834; Sirey, t. 35, p. 165);

9° Une partie ne peut être admise à prouver que l'expert a bu et mangé aux frais de l'autre partie, si le rapport de l'expert ne lui cause aucun préjudice (Amiens, 17 mars 1835);

10° On ne peut proposer, en appel, contre des experts des moyens de récusation qu'on n'a pas présentés en première instance. (Bourges, 24 juill. 1832.)]

(2) Nous ne saurions assigner aucune raison pour faire, à l'égard des experts, une distinction d'après laquelle on n'appliquerait pas aux reproches formés contre eux ce que nous avons dit au sujet des témoins, sur les *Quest.* 1101 et 1102.

[Ainsi l'art. 283 n'est pas limitatif, mais il est obligatoire.]

moin proprement dit, dont la déposition est reçue nonobstant le reproche. (Art. 284.) Il serait superflu de détailler les raisons de cette différence.

[Observation juste, que Favard, t. 4, p. 702, n° 2, rapproche de la disposition analogue de l'art. 387. Boncenne, n° 376, enseigne la même doctrine.]

Art. 311. La récusation *contestée* (1) sera jugée sommairement à l'audience, sur un simple acte, et sur les conclusions du ministère public; les juges pourront ordonner la preuve par témoins, laquelle sera faite dans la forme ci-après prescrite pour les enquêtes sommaires.

Tarif, 71. — [Tar. rais., n° 232.] — Jousse, art. 9 de l'ord. — C. pr., art. 83, 405 et suiv. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. II, art. 90, *Quest.* 124. — Locré, même renvoi qu'aux articles précédents.] — (*Voy.* Formules 269, 270 et 272.)

1177. *Le ministère public ne doit-il être entendu que lorsqu'il y a eu nomination d'office?*

On a cherché à établir l'affirmative, en disant que l'incident ne tenait à l'ordre public qu'en cette circonstance seule, en ce sens que la récusation porte une sorte d'atteinte à la décision du juge. Mais la loi ne distingue point, et par suite nous croyons que cette distinction doit être rejetée. (*V.* les *Quest.* sur l'art. 407.)

[Cet avis, que nous partageons, est aussi celui de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 564, et de Thomine, n° 362.]

[1177 bis. *La preuve de la récusation est-elle à l'arbitrage du juge?*

Non, si elle est fondée sur l'une des causes énoncées en l'art. 283. (*V.* à cet égard nos observations sur la *Quest.* 1102, et l'opinion de Carré, concernant l'assimilation des reproches et des récusations, à la note du n° CCLX.) Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 564, pense aussi que le tribunal ne peut se dispenser d'admettre la preuve, à la différence de ce qui a lieu, mais en vertu d'une disposition spéciale (art. 389), pour la récusation des juges.]

Art. 312. Le jugement sur la récusation sera exécutoire nonobstant l'appel.

Ordonnance, tit. XXIV, art. 26. — C. pr., art. 135. — Locré, même renvoi que pour les articles précédents.

CCLXI. Deux conséquences résultent de cet article :

1° Si la récusation est rejetée, l'appel du jugement n'empêche point qu'il soit procédé à l'expertise; mais la cour infirme-t-elle ensuite ce jugement, le rapport dans lequel a figuré l'expert récusable est nul;

2° Si la récusation est admise, le nouvel expert, nommé d'office en place de celui qu'on a jugé récusable, doit malgré l'appel procéder à l'opération. Mais le jugement est-il infirmé par l'appel? Son rapport ne nous en semble pas moins valable, quand cet expert n'a pas lui-même été récusé; l'avantage que recueille en ce cas l'appelant est de gagner les frais.

1178. *L'appel du jugement rendu sur la récusation est-il recevable, si l'expertise avait été ordonnée dans une matière susceptible d'être jugée en dernier ressort?*

Les termes généraux de l'art. 312 supposent l'affirmative de cette question, et cette solution est confirmée par une juste analogie de l'article 391. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 295.)

[L'opinion de Carré est adoptée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 565; Dalloz, t. 14, p. 335, n° 19, et Favard, t. 4, p. 703, n° 4. Mais Thomine, n° 363, la combat; il soutient que, la loi assimilant les récusations d'experts aux reproches des témoins, il n'y a pas plus de raison pour accorder à celles-là plutôt qu'à ceux-ci le privilége des deux degrés, lorsque le fond même de la cause n'en est pas susceptible. Mais cet auteur fournit lui-même la réponse à son objection, en convenant que la règle des deux degrés est toujours applicable aux jugements qui statuent sur incompétence, déclinatoire ou récusation de juge. Or, n'avons-nous pas vu que, dans plusieurs cas, la loi traite de même les récusations des juges et celles des experts? N'est-ce pas lorsqu'il s'agit d'attaquer l'honneur ou la probité d'un homme investi de la confiance du tribunal, qu'il y a surtout lieu d'agir ainsi, et ne peut-il pas résulter un litige d'une valeur excédant le taux du dernier ressort, si l'expert récusé demande des dommages-intérêts?

Cependant Boncenne, n°s 377 et suiv., soutient avec force le système de Thomine. Il ne voit pas, entre la dignité du juge et celle de l'expert, la similitude en vertu de laquelle nous voulons appliquer les mêmes règles à la récusation de l'un et de l'autre. Enfin, il trouve étrange que la loi, qui n'a établi qu'un degré de juridiction pour la récusation d'un juge de paix, en voulût *toujours* deux pour la récusation d'un expert. Ces objections ne nous paraissent pas de nature à détruire nos arguments.]

1179. *Les effets de l'exécution du jugement, nonobstant appel, s'étendent-ils jusqu'à donner au tribunal la faculté de statuer sur le fond, d'après les résultats d'une expertise à laquelle aurait con-*

(1) *Contestée*, soit par l'expert contre lequel elle a été proposée, soit contre la partie qui l'a nommé.

couru un expert dont la récusation aurait été rejetée ?

Les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 302, se prononcent pour la négative, et se fondent sur ce qu'il faudrait nécessairement, si les juges d'appel réformaient le jugement de première instance, nommer un autre expert à la place de celui qu'ils déclareraient justement récusé. De là suivrait la nécessité d'une nouvelle expertise qui pourrait donner des résultats différents de la première, et conséquemment fournir au tribunal, pour la décision du fond, des motifs opposés à ceux contenus dans le premier rapport. (*V.* Delaporte, t. 2, p. 297.)

Nous convenons de la vérité de cette remarque, mais nous ne trouvons dans le Code aucune disposition qui autorise les juges qui ont rejeté la récusation à suspendre le jugement du fond; et, puisque le jugement qui prononce ce rejet est exécutoire, nous estimons que le tribunal qui l'a prononcé doit procéder comme s'il n'en avait point été interjeté appel; qu'il peut conséquemment statuer sur le fond, sauf à faire jugement nouveau après une seconde expertise, si la cour réformait la décision par laquelle il aurait rejeté le reproche.

[Favard, t. 4, p. 703, n° 4, et Dalloz, t. 14, p. 335, n° 7, partagent cette opinion, qui n'est adoptée par Pigeau, *Procéd.*, t. 1, liv. II, part. 2, tit. III, ch. 1er, § 3, art. 5, n° 12, qu'avec une restriction. Cet auteur pense que la partie peut requérir, attendu l'urgence, et le tribunal de première instance ordonner qu'il soit procédé à l'expertise par un autre expert, par analogie de ce qui se pratique, aux termes de l'art. 391, en cas de récusation d'un juge commis. Le législateur n'a pas consigné dans l'art. 312 ce qu'il a dit plus tard dans l'art. 391, et il nous paraît difficile d'admettre l'analogie qui a frappé Pigeau, car il suffirait alors d'une récusation mal fondée pour empêcher l'opération d'être faite par l'expert récusé.]

Art. 313. Si la récusation est admise, il sera d'office, par le même jugement, nommé un nouvel expert, à la place de celui ou de ceux récusés.

[Tar. rais., nos 233 et 234.] — (*Voy.* Formule 272.)

CCLXII. Dans le cas prévu par l'art. 313, le tribunal doit *nommer d'office* un nouvel expert ou de nouveaux experts, soit que la récusation ait eu lieu contre un premier nommé d'office, soit qu'elle ait eu lieu contre un expert *convenu* et pour une cause postérieure à sa nomination. Le motif de cette disposition est que le législateur a voulu hâter, autant que possible, l'opération de l'expertise.

1180. *Lorsqu'un expert ou des experts ont été nommés d'office, conformément à l'article* 313, *les parties ont-elles de nouveaux délais pour en choisir d'autres ?*

Nous croyons, contre l'opinion de Delaporte, t. 1, p. 298, et de Demiau, p. 229, et par une conséquence de ce que nous venons d'énoncer au Commentaire ci-dessus, que la nomination d'office, faite conformément à cet article, n'emporte point nécessairement l'application des art. 305 et 306; autrement, on suppléerait une disposition que la loi ne contient point (1).

[C'est-à-dire qu'on pourra poursuivre sans attendre l'expiration des trois jours. Mais Favard, t. 4, p. 703, n° 5, semble dire que l'art. 305 est applicable.]

1181. *Des experts nommés d'office, conformément à l'art.* 313, *sont-ils récusables, comme l'étaient ceux qu'ils sont appelés à remplacer ?*

Oui, puisque la loi ne dit pas le contraire. La raison indique, d'ailleurs, qu'il serait injuste de laisser au tribunal la faculté de substituer à des experts récusés des experts que les parties seraient obligées d'admettre, nonobstant les causes de récusation qu'elles auraient à leur opposer. (*V.* Demiau, p. 229.)

[C'est, ce nous semble, avec raison que Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 565; Favard, t. 4, p. 703, n° 5, et Dalloz, t. 14, p. 335, n° 9, adoptent cette opinion; néanmoins ce dernier auteur élève des doutes.]

Art. 314. Si la récusation est rejetée, la partie qui l'aura faite sera condamnée en tels dommages et intérêts qu'il appartiendra, même envers l'expert, s'il le requiert; mais, dans ce dernier cas, il ne pourra demeurer expert.

C. civ., art. 1146 et suiv. — C. pr., art. 128, 390. — (*Voy.* Formule 273.)

CCLXIII. En cas de rejet de la récusation, le tribunal peut prononcer des dommages-intérêts envers l'expert, parce que la récusa-

(1) Mais si, d'un commun accord, les parties renonçaient à se servir du jugement qui contiendrait la nomination d'office, rien ne s'opposerait, les choses étant entières, à ce que les experts qu'elles choisiraient procédassent à l'opération.

[C'est une conséquence du droit qu'ont toujours les parties majeures de transiger. C'est aussi l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 565. Celle de Delaporte et Demiau ne nous semble point contraire; Dalloz, t. 14, p. 335, n° 8, élève des objections qui ne nous paraissent pas fondées.]

tion peut être de nature à porter atteinte à son honneur; mais il faut qu'il requière cette condamnation (1), et, en ce cas, la loi cesse avec raison d'avoir confiance dans son impartialité, puisqu'il s'est rendu partie contre l'auteur de la récusation.

1182. *La partie qui a fait une récusation peut-elle, en cas de rejet, être condamnée à des dommages-intérêts envers d'autres que l'expert ou les experts récusés?*

L'affirmative résulte de ces termes de l'article, *sera condamné en tels dommages et intérêts qu'il appartiendra*, MÊME *envers l'expert.*

Ainsi, la partie adverse de celle qui a récusé l'expert peut obtenir des dommages-intérêts, à raison du préjudice qu'elle lui a fait éprouver par le retard apporté à la confection de l'expertise, et, par suite, au jugement définitif de la contestation.

Ainsi, encore, l'expert en obtiendra lui-même, mais, bien entendu, dans les cas seulement où la récusation aurait été fondée sur des motifs qui porteraient atteinte à son honneur et à sa réputation. Si, par exemple, il n'avait été récusé que pour cause de parenté qui n'aurait pas été prouvée, nous croyons que le tribunal ne pourrait lui accorder des dommages-intérêts. (*V.* Observations des cours de Poitiers et de Metz sur le projet, et Hautefeuille, p. 113.)

Au reste, les dommages-intérêts ne sont adjugés, soit à la partie, soit à l'expert, que sur leur demande; le tribunal ne saurait y condamner d'office. (*V.* Comm., inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 304.)

[Nous adhérons à tout ce que contient ce n° 1182. C'est aussi l'opinion de Pigeau, *Comment.*, t. 1, p. 566, et de Thomine, n° 364.]

1183. *Comment est formée la demande en dommages-intérêts?*

Elle est formée par l'expert, et doit être jugée d'après les règles qui sont établies au titre des incidents.

[Pour former cette demande, dit Delaporte, t. 1, p. 299, l'expert doit intervenir dans la contestation; mais il semble résulter des termes dont se sert Favard, t. 4, p. 503, et t. 3, p. 119, que cet auteur pense que l'expert ne peut intervenir et qu'il doit former sa demande par action principale. L'opinion de Carré nous paraît préférable; elle est également partagée par Thomine, n° 364.]

1184. *Quand un expert a requis des dommages-intérêts, comment est-il remplacé?*

Le tribunal nomme d'office un autre expert, ainsi qu'il est dit en l'art. 313.

[Quoique l'art. 314 semble dire que l'expert ne devra être remplacé que lorsqu'il aura *obtenu* des dommages-intérêts, il est certain qu'il doit en être de même lorsqu'il succombe dans sa demande. C'est en effet cette demande elle-même et non pas son succès qui fait naître le soupçon de partialité qu'un échec pourrait au contraire accroître. Ainsi l'enseigne, avec raison, Favard, t. 4, p. 703, n° 5.]

ART. 315. **Le procès-verbal de prestation de serment contiendra indication, par les experts, du lieu et des jour et heure de leur opération.**

En cas de présence des parties ou de leurs avoués, cette indication vaudra sommation.

En cas d'absence, il sera fait sommation aux parties, par acte d'avoué, de se trouver aux jour et heure que les experts auront indiqués.

Tarif, 70, 91. — [Tar. rais., n° 235.] — Ord. de 1667, tit. XXV, art. 10. — C. pr., art. 267, 280, 1034. — Devilleneuve, v° *Expertise*, n°s 13, à 14 *bis*, 18, 26 et 27. — Locré, t. 9, p. 156, 232, 261, 293 (2).] — (*Voy.* FORMULES 274 et 275.)

1185. *Y aurait-il nullité du procès-verbal de la prestation du serment des experts, qui ne contiendrait pas indication du jour et de l'heure de l'opération?*

Ce procès-verbal est un acte de procédure, et la loi n'exige point que l'indication dont il s'agit y soit contenue, à peine de nullité (article 1030). D'un autre côté, on ne peut pas dire que cette indication vicie ce même acte dans

---

(1) Plusieurs cours d'appel voulaient qu'on indiquât et limitât les cas dans lesquels cette condamnation pourrait avoir lieu. On voit, par l'art. 314, que la loi s'en rapporte à cet égard à la conscience du juge, qui peut néanmoins ne la prononcer qu'autant que l'expert récusé a éprouvé quelque préjudice; par exemple, dans les cas qui seront exposés sur la question suivante. (*V.* Locré, t. 1, p. 527.)

(2) JURISPRUDENCE.

[1° Un expert peut, en cas d'urgence, fixer le jour de son opération avant d'avoir prêté serment (Colmar, 24 déc. 1833; Sirey, t. 34, p. 649);

2° La sommation de se trouver à l'opération d'un expert peut être signifiée par exploit à la partie elle-même, aussi bien que par acte d'avoué. (Cass., 13 nov. 1832; Sirey, t. 33, p. 475; et Bourges, 14 mars 1821.) A la *Quest.* 1018, t. 2, p. 373, nous avons donné une autre solution, en ce qui concerne les enquêtes, parce que l'art. 261 veut, *à peine de nullité*, que la partie soit assignée au domicile de son avoué. La sommation dont parle l'art. 315 n'étant qu'un simple acte de procédure, la nullité ne doit pas être suppléée. Ce motif ne pouvait pas s'appliquer à l'espèce de notre *Quest.* 1186.

L'exploit est le seul mode à suivre vis-à-vis d'une partie défaillante. (Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 567.]

sa substance. Ainsi, lorsqu'elle n'est pas faite, on peut assigner les experts devant le commissaire, à l'effet qu'ils réparent cette omission. (*V*. Delaporte, t. 1, p. 299; Comm. des *Ann. du Not.*, t. 2, p. 307 et 308, et cass., 21 nov. 1820; Sirey, t. 21, p. 392.)

[La cour de Besançon a consacré une opinion contraire le 12 déc. 1812; mais, dans l'espèce de l'arrêt, outre l'omission de l'indication du jour et de l'heure dans le procès-verbal, on se plaignait encore que les parties n'avaient été ni représentées, ni appelées aux opérations. (*V*. la *Quest.* suivante.) Au reste, Favard, t. 4, p. 704, nº 1, et Dalloz, t. 14, p. 339, nº 2, partagent, comme nous, l'avis de Carré. (*V*. au surplus les *Quest.* 1186 et 1199.)

Si quelqu'un des experts ne se présente pas à l'heure indiquée pour la prestation du serment, ils ne peuvent convenir du jour et de l'heure. Alors il faut les intimer de nouveau ou pour le jour où soit le défaillant, soit son remplaçant prêtera serment, ou pour un jour quelconque que la partie leur assignera, sauf à eux à faire connaître celui qu'il leur conviendrait mieux de choisir.]

1186. *Devrait-on prononcer la nullité d'une expertise, si la partie qui n'aurait pas été présente au procès-verbal de prestation de serment, n'avait pas été sommée de se trouver aux jour, lieu et heure fixés par ce procès-verbal ?*

[Quid *si, n'ayant pas assisté à la première opération, elle n'a pas été avertie du jour auquel les experts se sont ajournés? Comment se couvre la nullité?*]

Il faut, de toute nécessité, que cette sommation soit signifiée, puisqu'elle a pour objet de mettre les parties à portée de faire aux experts les observations qu'elles jugeraient convenables à leurs intérêts. Ici, conséquemment, la nullité de l'opération résultant du défaut de sommation est évidente, puisqu'elle dérive de la nature même des choses.

[La nullité d'une expertise à laquelle les parties n'ont pu assister, soit parce qu'elles n'avaient pas été prévenues du jour de l'opération, soit parce que ce jour avait été changé à leur insu, a été reconnue par deux arrêts de la cour de Besançon des 21 juin 1813 et 26 juill. 1821 (Dalloz, t. 14, p. 346), un de la cour de Rennes du 15 mars 1821, un de la cour de Colmar du 5 déc. 1831, rendu en matière commerciale, de même que celui de la cour de Nimes du 3 janv. 1820 (Sirey, t. 20, p. 98); enfin par un autre de la cour de Dijon du 11 mars 1828. La cour de Poitiers a même jugé, le 17 fév. 1830, qu'une pareille nullité pouvait être opposée par celui qui poursuivait l'expertise, l'autre partie ayant à s'imputer de ne pas lui avoir fait une sommation.

En présence d'une jurisprudence aussi imposante, et des avis conformes de Favard, t. 4, p. 703, nº 1; Hautefeuille, p. 175, et Pigeau, *Proc.*, t. 1, liv. II, part. 2, tit. III, chap. 1er, § 3, art. 5, nº 1, nous devons mentionner l'opinion contraire de Dalloz, t. 14, p. 339, nº 1. Cet auteur ne trouve pas que la nullité soit substantielle. De simples observations faites par la partie à l'audience, peuvent, suivant lui, suffire pour remplacer les dires et réquisitions que, d'après l'art. 317, elle aurait eu le droit de faire sur les lieux. D'ailleurs, ajoute-t-il, s'il paraît au tribunal que cette irrégularité ait compromis les intérêts de la partie non appelée, il pourra ordonner une seconde expertise.

Nous répondons : 1º que, s'il peut arriver quelquefois que la partie soit à même d'expliquer à l'audience ce qu'elle aurait montré aux experts, le plus souvent il n'en sera pas ainsi, puisque c'est précisément à cause de la difficulté d'apprécier la contestation sur de simples dires qu'on a ordonné une expertise; 2º qu'un nouveau rapport d'experts augmentera les frais, au préjudice de toutes les parties, sans que la peine en soit portée par celle dont la négligence a nécessité ce supplément. Nous croyons donc parfaitement conforme au vœu de la loi de prononcer la nullité d'une expertise entachée d'un vice si essentiel. La seule décision en faveur de l'opinion de Dalloz est un arrêt de la cour de Liége du 8 janv. 1835 (J. de B., 1835, 2e, p. 199).

La même cour, modifiant en quelque sorte le principe qu'elle avait adopté, a jugé, le 9 juin 1835 (J. de B., 1835, 2e, p. 350), qu'il n'est pas nécessaire que les parties soient appelées à un supplément d'expertise ordonné par les juges pour constater un fait matériel à l'appui de leur rapport, surtout si elles ont été présentes à l'expertise elle-même, et qu'elles y aient fait tous les dires et réquisitions qu'elles ont jugés convenables, le vœu de l'art. 315 se trouvant ainsi rempli une première fois. Mais cette opinion a été proscrite par la cour de cass. de Brux., qui, le 31 mai 1836 (J. de B., 1836, 1re, p. 134), a cassé l'arrêt de Liége, en considérant que la loi ne distingue pas entre une première expertise et un supplément d'expertise, qu'il n'y a pas plus de raison dans un cas que dans l'autre d'enlever aux parties la garantie de leur présence pour prévenir les erreurs que les experts seraient exposés à commettre, faute de renseignements suffisants; qu'en un mot les formalités prescrites par les art. 315 et 317 étaient toujours substantielles. (*V*. la *Quest.* 1199.)

Cette décision nous conduit naturellement à la seconde partie de notre question; savoir, si les parties doivent également être prévenues du jour où l'expertise sera continuée, lorsque la première vacation n'a pas suffi pour la ter-

miner. Il est évident que les mêmes raisons nécessitent ici la même solution; ainsi, de deux choses l'une : ou les experts, en terminant la première vacation, ajourneront les parties à jour et heure fixes, et cette déclaration de leur part vaudra sommation ; ou bien, ils renverront indéfiniment la continuation de leurs travaux, et, dans ce cas, une sommation deviendra nécessaire pour indiquer aux parties le jour qu'ils auront fixé plus tard. Si ces précautions ont été négligées, il y a incontestablement nullité du rapport. (Cass., 24 germ. an v; Brux., 23 déc. 1825; J. de B., 1826, 1re, p. 39; Paris, 30 flor. an x; Colmar, 11 juill. 1832; Dalloz, t. 14, p. 345.)

La cour de cassation a bien décidé, le 19 juin 1838 (Sirey, t. 38, p. 609), qu'il n'est pas nécessaire de réitérer, après la première vacation et pour les suivantes, la sommation faite à une partie d'assister aux opérations ; mais cet arrêt n'est point contraire à la doctrine que nous venons d'exposer ; car, dans l'espèce, l'indication du nouveau jour avait été faite par l'expert, lors de sa première vacation. Il est vrai que l'une des parties n'y était point présente, et que dès lors elle ne put avoir connaissance du jour fixé; mais, comme elle y avait été dûment appelée par une première sommation, la cour a considéré qu'elle avait à s'imputer de n'y avoir pas comparu, et qu'en pareil cas on ne pouvait soumettre l'autre partie à réitérer indéfiniment les avertissements. C'est au reste la disposition formelle de l'art. 1034, C. proc.

Au surplus la nullité dont nous nous occupons, n'étant pas d'ordre public, peut être couverte ; il suffit pour cela que le but de la loi ait été rempli d'une autre manière que par la sommation légale, ainsi par l'avertissement officiel donné aux parties par les experts eux-mêmes, lorsque ce fait est suffisamment constaté. C'est ce qu'ont décidé les arrêts des cours de Rennes, 18 nov. 1815; de Montpellier, 27 mars 1824 (Dalloz, t. 14, p. 347), et de Bordeaux, 2 août 1833. A plus forte raison la nullité serait-elle couverte par la présence même des parties sur les lieux, ainsi que l'enseigne Thomine, n° 366, et comme l'a jugé la cour de Dijon par son arrêt déjà cité du 11 mars 1828. Et cette présence qui peut implicitement résulter de l'insertion de leurs dires au procès-verbal (Orléans, 5 mai 1819; Dalloz, t. 14, p. 349), n'a même besoin, pour être légalement établie, que de la simple déclaration des experts. (Rennes, 17 août 1812.)

1187. *Si les parties se font assister à l'opération par leurs avoués, les vacations de ceux-ci passent-elles en taxe ?*

Non ; le montant de ces vacations demeure à la charge de la partie qui s'est fait assister de son avoué. (Voy. *Tarif*, art. 92.)

[C'est l'opinion que nous avons exprimée dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 314, n° 54.]

1188. *En cas d'absence des deux parties, ou de l'une d'elles, à la prestation du serment, par qui sera faite la sommation prescrite par l'art. 315 ?*

Elle le sera comme dans le cas de l'art. 307, c'est-à-dire par la partie la plus diligente. (Voy. *Prat.*, t. 2, p. 237.)

[Nous adoptons cette solution, avec Dalloz, t. 14, p. 339, n° 2.]

Art. 316. Si quelque expert n'accepte point la nomination, ou ne se présente point, soit pour le serment, soit pour l'expertise, aux jour et heure indiqués, les parties s'accorderont sur-le-champ pour en nommer un autre à sa place; sinon la nomination pourra être faite d'office par le tribunal.

L'expert qui, après avoir prêté serment, ne remplira pas sa mission, pourra être condamné par le tribunal qui l'avait commis, à tous les frais frustratoires, et même aux dommages et intérêts, s'il y échet.

Cod. civ., art. 1146 et suiv.—C. pr., art. 303, 320.— Notre Dict. gén. de proc., v° *Expertise*, nos 61, 100, 186 *bis*. — Locré, t. 9, p. 294.

[CCLXIII *bis*. Il faut distinguer deux cas de non-présentation de la part de l'expert, l'un lors du serment, l'autre lors de l'expertise.

S'il ne se présente pas lors du serment, les parties doivent convenir d'un autre, non par déclaration au greffe, comme dans le cas de l'art. 306, mais devant le commissaire. Si elles sont présentes, puisque l'article dit *sur-le-champ;* lorsqu'une des parties n'est pas présente, ou si toutes les parties étant présentes elles ne s'accordent pas, la nomination se fait d'office par le tribunal.

Si l'expert ne se présente pas à l'expertise et qu'un juge y assiste, il constate la non-présentation par son procès-verbal; les parties nomment devant lui un autre expert. Si elles ne s'accordent pas, il est nommé par le juge, quand il est autorisé à statuer sur les difficultés, sinon il renvoie devant le tribunal. Lorsqu'il n'y a pas de juge, la non-comparution est constatée par le greffier de la justice de paix du lieu. (Arg. de l'article 317; Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 568.)]

1189. *Est-il des cas où l'on puisse contraindre un individu à exercer les fonctions d'expert?*

L'art. 316 apprend que le ministère des experts est libre jusqu'à la prestation du serment;

en sorte que celui qui refuserait d'accepter la commission ne serait assujetti jusque-là à aucune peine; mais, le serment une fois prêté, le refus de l'expert l'expose à tous les frais frustratoires, et même aux dommages-intérêts des parties. Il paraît donc que, sauf cette condamnation, l'on pourrait dire, généralement parlant, que le ministère des experts est essentiellement et indéfiniment libre.

Cependant Jousse, sur l'art. 10 du tit. XXI de l'ord., dit qu'en certains cas on peut contraindre un individu à remplir la commission d'expert qui lui est décernée. Cet auteur cite des cas provisoires et autres de nécessité.

Nous pensons, au contraire, qu'il n'y a point d'espèces d'affaires où le tribunal puisse forcer un citoyen à remplir les fonctions d'expert : *nemo cogi potest ad factum*. Et, en effet, puisque le législateur, après l'acceptation de l'expert résultant du serment, ne l'a soumis, en cas de refus de remplir sa mission, qu'au payement des frais frustratoires et à des dommages-intérêts, il a fait lui-même l'application de l'axiome; et, puisqu'il n'a voulu punir l'expert que dans le cas de refus après le serment, il en résulte qu'il est libre, dans tous les cas, d'accepter ou de ne pas accepter.

L'opinion de Jousse n'est d'ailleurs fondée sur aucune autorité; et Duparc-Poullain, t. 9, p. 484, n° 17, disait, sans distinction, que la fonction d'expert était libre, qu'elle n'était point regardée comme une charge publique, etc.

[Cette opinion incontestable est unanimement partagée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 567, Favard, t. 4, p. 704, n° 2, Dalloz, t. 14, p. 341, n° 1, Thomine, n° 387, et Boncenne, n° 378. Mais la cour de Besançon a jugé, le 24 janvier 1807, qu'après le serment, l'expert est définitivement lié. C'est encore l'avis de tous les auteurs précités.]

1190. ***Les experts peuvent-ils refuser d'opérer, parce que les frais de leurs vacations n'auraient pas été consignés?***

Il est certain qu'ils y sont autorisés avant leur prestation de serment; mais on a douté qu'ils le fussent après.

« Les experts, disait la cour d'Orléans, dans ses observations sur le projet, peuvent se refuser d'opérer, si on ne leur donne l'assurance du payement de leur salaire; elle demandait qu'il fût ordonné que la partie qui voudrait aller en avant consignât au greffe telle somme qui serait arbitrée par le président du tribunal. »

Nonobstant cette observation, le Code garde le silence à ce sujet; mais on remarqua que l'ord. de 1567 ne s'expliquait pas davantage, et cependant on tenait pour certain que les experts ne pouvaient être forcés d'opérer tant qu'on n'avait pas, *sur leur demande*, consigné leurs vacations. On appliquait à l'expertise ce que prescrivait l'art. 15 du tit. XXI de cette ordonnance, relativement aux descentes des juges. (*Voy.* Rodier et Jousse sur cet article; Pothier et Duparc-Poullain, t. 9, p. 479.) Nous ne voyons aucun motif pour ne pas décider de même aujourd'hui, en appliquant l'art. 301 du Code, qui correspond à l'article précité de l'ordonnance.

Telle est aussi l'opinion de Berriat, note 16. (*Voy.* la *Quest.* 1154.)

[Favard, t. 4, p. 704, n° 2; Dalloz, t. 14, p. 343, n° 5, et Thomine, n° 368, adoptent cette opinion, qui s'appuie encore de l'autorité de Pothier, *Traité de la proc.*, chap. 3, art. 3. Mais les auteurs du *Prat.* la condamnent, et un arrêt de la cour de Grenoble du 23 juill. 1830 (Sirey, t. 33, p. 272) a rejeté cette prétention des experts, en se fondant sur ce que, leurs vacations ne pouvant être taxées qu'après le dépôt du rapport, il serait contraire à la loi de fixer d'avance la somme à consigner.

La doctrine de la cour de Grenoble est incontestable, en ce qui concerne les vacations proprement dites des experts. Mais nous ne pensons pas qu'on puisse l'étendre aux déboursés mêmes qu'ils seraient obligés de faire pour remplir leur mission. Il nous semble qu'il y aurait injustice à les forcer de les avancer, sauf à ne les répéter qu'après leur opération. Au reste, il est un cas où la consignation préalable doit avoir lieu, même pour leurs vacations; mais c'est par une exception qui confirme la règle proclamée par l'arrêt que nous venons de rapporter. C'est le cas où un partage d'ascendant est attaqué pour lésion. L'enfant qui en demande la nullité devra, dit l'art. 1080, C. civ., faire l'avance des frais de l'estimation: encore cette garantie est-elle plutôt dans l'intérêt des copartageants que dans l'intérêt des experts.]

1191. ***Si, après la prestation du serment, un expert avait une cause valable d'excuse, pourrait-il être dispensé?***

Nous estimons que cette dispense peut et doit être accordée à l'expert qui prouverait être dans l'impossibilité de concourir à l'expertise sans éprouver un préjudice notable. C'est l'opinion de Pigeau, t. 1, p. 296. Elle est fondée sur un argument que l'on peut raisonnablement tirer de l'art. 2007 du Code civil; mais nous ajoutons que l'on doit l'adopter avec d'autant plus de raison que le § 2 de l'article 316 n'accorde au tribunal qu'une faculté de condamner l'expert qui, après avoir prêté serment, ne remplit pas sa mission; de sorte que, s'il lui était survenu un empêchement reconnu légitime par le tribunal, il y aurait lieu à exécuter le § 1er de cet article, et conséquemment à le dispenser.

[Nous partageons, avec Favard, t. 4, p. 704, n° 2, Dalloz, t. 14, p. 342, n° 2, Thomine,

n° 368, et Boncenne, n° 378, l'opinion de Carré.]

[1191 bis. *La nomination d'un nouvel expert, en remplacement de celui qui avait été indiqué par le tribunal et qui est empêché ou décédé, doit-elle être demandée par voie d'incident ou par simple requête?*

Par arrêt du 4 juin 1835 (Sirey, t. 36, p. 171), la cour de Colmar s'est décidée pour le second de ces deux modes, en se fondant, non sur la loi, qu'elle déclare muette à cet égard, mais sur un usage; elle a même déclaré irrecevable une demande de ce genre formée par voie d'incident.

« Il faut reconnaître avec la cour de Colmar, a dit notre honorable confrère Mᵉ Billequin, en rapportant cet arrêt, qu'il est vrai que le législateur n'a pas prescrit de mode spécial d'après lequel on pourrait provoquer la nomination d'un nouvel expert, en remplacement de celui qui se trouve empêché ou décédé; mais de ce que malheureusement il y a une lacune dans le Code sur ce point, faut-il conclure, avec la même cour, *qu'il n'y pas lieu de faire droit à la demande des parties*, lorsqu'elles se sont adressées aux magistrats dans la forme des demandes incidentes? C'est ce que nous ne saurions admettre. N'est-il pas évident qu'une pareille décision équivaut à une annulation de procédure? Or, comment prononcer une semblable nullité alors qu'on a commencé par reconnaître qu'il n'y avait pas de dispositions spéciales sur la matière, et que la loi renfermait une lacune? Mais ce n'est pas tout: la cour de Colmar s'est montrée bien plus rigoureuse encore, puisqu'elle a laissé les frais faits sur l'incident *à la charge des avoués en cause*, et a puni ainsi ces officiers de ne s'être pas conformés, non à la loi, mais à un usage qui certainement est loin d'être bien établi. Nous croyons qu'en le décidant de la sorte la cour de Colmar a rendu un mauvais arrêt, même en supposant que la procédure indiquée par elle soit préférable à celle qui avait été suivie dans la cause. On remarque d'ailleurs que les parties elles-mêmes souffriront un préjudice par suite de cette décision, puisqu'il leur faudra revenir de nouveau devant la cour pour exposer leur demande dans une autre forme; il y aura donc retard nécessaire, temps perdu, et perdu pour elles seules. Cette considération aurait dû, ce semble, prévenir une décision qui, telle qu'elle est, froisse tous les intérêts sans profiter à personne. »

Nous approuvons complétement ces observations fort judicieuses.]

Art. 317. **Le jugement qui aura ordonné le rapport, et les pièces nécessaires, seront remis aux experts; les parties pourront faire tels dires et réquisitions qu'elles jugeront convenables: il en sera fait mention dans le rapport; il sera rédigé sur le lieu contentieux, ou dans le lieu et aux jour et heure qui seront indiqués par les experts.**

La rédaction sera écrite par un des experts, et signée par tous; s'ils ne savent pas tous écrire, elle sera écrite et signée par le greffier de la justice de paix du lieu où ils auront procédé.

Tarif, 15, 92. — Ord. tit. XXV, art. 10. — C. pr., 956. — [Devilleneuve, v° *Expertise*, n°ˢ 14 *bis* à 27. — Locré, t. 9, p. 156, 232, 261, 293 (1).]

CCLXIV. D'après l'art. 317, on voit que les experts ne sont jamais entendus à l'audience et qu'ils donnent toujours leur avis par écrit. La loi de procédure du canton de Genève admet, disent les rédacteurs, comme une des plus utiles innovations à la pratique française, celle qui accorde aux juges la faculté d'entendre les experts oralement et en audience publique, comme les témoins (2), ou d'ordonner le rapport par écrit.

[*V.* la *Question* suivante.]

[1191 ter. *Les tribunaux pourraient-ils ordonner des rapports oraux à l'audience?*

Carré, n° CCLXIV, se prononce formellement pour la négative, et nous adoptons sa solution.

On connaît en procédure des enquêtes sommaires faites à l'audience, mais non des expertises sommaires.

L'innovation du législateur de Genève serait peut-être préférable, quoiqu'elle présente de graves inconvénients et qu'elle soit impossible à admettre lorsqu'il y a plusieurs experts, mais ce serait une innovation permise seulement au législateur. Favard, t. 4, p. 707, n° 10, et Dalloz, t. 14, p. 348, n° 7, qui pensent au contraire que les experts peuvent donner des ex-

(1) JURISPRUDENCE.

[1° L'avocat d'une partie peut assister à l'expertise (Brux., 7 juill. 1831; J. de B., 1831, 1re, p. 319. — *V.* t. 2, p. 387, notre *Quest.* 1025 *bis*);

2° Le rapport des experts peut être rédigé aux lieu, jour et heure qu'ils trouvent convenables (Cass., 20 août 1828; Sirey, t. 29, p. 34.)

3° Le greffier, chargé d'écrire la rédaction, peut aussi le faire en son domicile comme sur le lieu contentieux. (Brux., 19 déc. 1835; J. de B., 1836, 2e, p. 265.)]

(2) *V.* les motifs de cette innovation dans l'excellent *Exposé* de Belot, professeur honoraire de la Faculté de droit, etc., p. 144 et 145.

plications orales ou faire leurs rapports à l'audience, citent deux arrêts du parlement de Paris des 26 juillet 1735 et 23 avril 1785, qui l'ont ainsi jugé. Ils ajoutent que le juge peut chercher à s'éclairer par tous les moyens.

Nous n'admettons pas cette dernière doctrine d'une manière absolue; il faut que les moyens soient légaux. (*Voy. Quest.* 1158 et 1553.)

Boncenne, nos 379 et suiv., cite aussi la loi de Genève comme un exemple de ce qui pourrait être fait, mais non comme consacrant une mesure déjà admise par la loi française. Au reste, tout en convenant que le système génevois offre des avantages théoriques, il ajoute que la pratique n'a pas répondu aux espérances qu'on avait conçues, puisque sur 563 expertises ordonnées par les tribunaux du canton de Genève, de 1829 à 1835, il y a eu 546 rapports écrits et 17 rapports verbaux seulement. Il est en France tel tribunal où la voie du rapport verbal, quoique non conforme à la loi, est, à tort, fréquemment employée.]

1192. *Les experts sont-ils tenus de déférer à toutes les réquisitions que leur feraient les parties?*

S'ils ne jugent pas devoir déférer à une réquisition qui leur est faite, ils remplissent suffisamment le but de la loi en faisant mention de cette réquisition sur leur procès-verbal. Au reste, lorsqu'il s'élève des difficultés d'après lesquelles ils ne se croiraient pas autorisés à passer outre, ils doivent renvoyer les parties à l'audience. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 219, n° 339.)

[Il ne peut s'élever aucun doute sur cette solution qui se retrouve dans Favard, t. 4, p. 704, n° 3, Dalloz, t. 14, p. 343, n° 6, et Thomine, n° 369. Au reste, dit avec raison Boncenne, n° 378, ils ne doivent pas avoir égard à des réquisitions sans portée.]

1193. *Les parties ou leurs avoués peuvent-ils être présents à la rédaction du rapport, lorsque les experts déclarent que cette rédaction sera faite dans un autre lieu que le lieu contentieux?*

C'est l'opinion de Delaporte, t. 1, p. 303, des auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 316, et de Hautefeuille, p. 175. Ils se fondent sur ce que la loi exige que les experts indiquent le lieu, le jour et l'heure auxquels ils feront cette rédaction : or, il suit de là que les parties et leurs avoués peuvent être présents ; autrement, l'indication dont il s'agit serait sans objet.

Nous adoptons cette opinion, sauf la distinction qu'établit Pigeau, t. 1, p. 219, n° 339. Le procès-verbal, dit-il, contient deux parties principales ; la première constate : 1° le transport et l'arrivée des experts et des parties ; 2° la remise des pièces ; 3° les dires et réquisitions; 4° les opérations faites par les experts pour asseoir leur avis, comme toisés, vérifications, etc. Ces opérations se font en présence des parties, parce qu'elles appartiennent à l'instruction. C'est cette seule partie du procès-verbal qui doit être rédigée en présence des parties, en quelque lieu que se fasse la rédaction du rapport.

Mais la seconde partie, qui est le résultat de la première, contient l'avis des experts. Elle doit, selon nous, être rédigée hors de la présence des parties; car les experts, comme le remarque le savant professeur que nous venons de citer, prononcent à cet égard une espèce de jugement, et il convient de leur laisser la liberté la plus entière.

[Cette distinction est reproduite, avec raison, par Favard, t. 4, p. 704, n° 4, Dalloz, t. 14, p. 343, n° 8, Thomine, n° 370, et Boncenne, n° 378, et consacrée par un arrêt de la cour d'Amiens du 11 janv. 1826.]

1194. *Faut-il appliquer l'art.* 317 *dans le cas même où l'un des experts saurait écrire?*

Lepage, *Questions*, p. 211, décide affirmativement, en disant qu'elle souffre difficulté, cette question, qui ne devrait pas en faire une, suivant Delaporte, t. 1, p. 303. Et, en effet, l'art. 317 nous paraît clair : Si un des experts ne sait pas écrire, c'est le greffier de la justice de paix qui doit écrire et signer le procès-verbal. (V. *Prat.*, t. 2, p. 241 ; Demiau, p. 231 ; Hautefeuille, p. 176; [Brux., 7 juill. 1831 ; J. de B., 1831, p. 319]; Favard, t. 4, p. 705, n° 6; Thomine, n° 370, et Boncenne, n° 380.)

1195. *Est-ce le greffier du lieu que les experts ont visité, ou celui du lieu où ils auraient arrêté leur avis, qui doit écrire le procès-verbal, dans le cas prévu par l'art.* 317?

Il faut répondre, dit Delaporte, t. 1, p. 303, que c'est le greffier du juge de paix du lieu où les experts auront procédé à leur délibération. Les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 1, p. 319, disent qu'ils n'hésitent pas à adopter cette opinion. Ils en donnent pour raison, ainsi que Delaporte, que si l'on voulait que le procès-verbal fût écrit par le greffier du lieu contentieux, il deviendrait alors nécessaire que les experts restassent, jusqu'à la rédaction de leur rapport, dans le canton où ce lieu serait situé, puisque ce greffier ne peut exercer ses fonctions que dans ce canton, ou qu'ils y retournassent pour cette même rédaction, ce qui serait multiplier les frais et les lenteurs sans nécessité (1).

---

(1) Cette opinion pourrait être appuyée de l'usage consacré sous l'empire de l'ordonnance. « Les experts,

Quoi qu'il en soit, nous pensons que, par ces mots, *le greffier du lieu où les experts auront procédé*, le législateur a évidemment entendu désigner le greffier de la justice de paix du lieu contentieux; et telle est aussi l'opinion des auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 241, puisqu'ils indiquent le greffier du lieu où les experts auront opéré. Telle est aussi celle de Hautefeuille, qui indique celui du lieu où les experts ont procédé *à la visite* (1).

[Favard, t. 4, p. 705, n° 6, et Thomine, n° 370, adoptent, avec raison, l'opinion de Carré. (*V. Quest.* 1193.]

1196. *Les experts pourraient-ils employer un notaire pour écrire leur procès-verbal?*

Il est certain qu'autrefois le rapport des experts pouvait être écrit par un notaire; mais en certains lieux, des officiers, appelés *greffiers de l'écritoire,* avaient le droit exclusif de rédiger ces rapports. Ces greffiers n'existent plus; mais partout se trouvent des notaires exerçant un ministère public, pour raison duquel ils sont assermentés, et dont les actes font foi en justice.

Delaporte, t. 1, p. 384, dit qu'il ne faut plus suivre l'usage de faire écrire le rapport par un notaire, puisque la loi indique le greffier de la justice de paix.

C'est notre opinion, que nous fondons surtout sur ce que le procès-verbal des experts n'est point un acte de la juridiction volontaire, et que c'est par cette raison sans doute que le législateur a désigné un officier de la juridiction contentieuse (2).

[Si la loi désigne un fonctionnaire public pour écrire le rapport, lorsqu'un des experts ne sait point écrire, c'est afin de donner de l'authenticité à ce même rapport (voy. *Questions* 1194 et 1223), et d'attester qu'il est bien l'expression de l'avis de celui-là même qui n'y a point apposé sa signature. Voilà pourquoi nous pensons, contrairement à l'opinion de Dalloz, t. 14, p. 347, n° 1, qu'il y aurait nullité, si, dans ce cas, le rapport avait été écrit par l'un des experts, moins illettré que les autres, ou bien par un particulier : alors, en effet, le rapport ne serait pas revêtu de l'authenticité nécessaire, nul ne pouvant donner, par sa signature, le caractère authentique à aucun acte, s'il n'en a reçu mission spéciale de la loi. Par la même raison, nous croyons qu'un notaire, quoique fonctionnaire public lui aussi, ne pourrait sous peine de nullité écrire le rapport, parce qu'en dehors de ses attributions un fonctionnaire public n'a pas plus de pouvoir qu'un homme privé. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 570, émet cette double opinion, et nous y adhérons, c'est-à-dire que nous n'adoptons ni la restriction, ni, à plus forte raison, l'avis directement opposé de Dalloz, t. 14, p. 348, n° 2, Thomine, n° 370, et Boncenne, n° 380. Il ne suffit pas de dire, pour échapper à toute sorte de nullités, que notre titre n'en prononce aucune pour l'omission des formalités qu'il prescrit; cela ne fait point qu'on puisse dépouiller le rapport des formes qui lui donnent l'existence, qui seules peuvent attester sa régulière confection aux yeux des juges; et de ce nombre est sans contredit l'écriture de l'officier que le législateur investit, pour cela, d'une confiance spéciale.

La cour de cassation a cependant jugé, le 20 juin 1826 (Sirey, t. 27, p. 200), qu'il n'est pas nécessaire, à peine de nullité, que le rapport des experts soit écrit en entier par l'un d'eux ou par le greffier, *si la récapitulation entière du rapport a été écrite de la main des experts,* et le rapport signé par tous; c'est au juge à apprécier l'influence que peut avoir cette irrégularité sur le fond du rapport.

De la circonstance exprimée par les mots que nous avons soulignés, il résulte que cette décision n'est point contraire à notre doctrine; car la récapitulation contenant tout l'ensemble du rapport, c'est en quelque sorte un rapport entier écrit de la main de l'expert. Il paraît

---

de retour chez eux, dresseront leur rapport, dit Pothier, 1re part., chap. 3, sur les notes qu'ils ont pu faire sur les lieux, lors de leur visite. Le projet de l'ordonnance les obligeait à le dresser sur le lieu, de peur qu'à leur retour ils ne pussent être corrompus et changer d'avis; mais cet article a été retranché, et le motif qui a déterminé à le faire est que, ces rapports demandant souvent un temps considérable pour être dressés, *cela aurait arrêté trop longtemps ces experts sur le lieu, et augmenté considérablement les frais.* »

(1) Il y a d'ailleurs un motif fondé sur la justice et la raison, pour que le greffier de la justice de paix du lieu contentieux soit celui qui écrive le procès-verbal : c'est que des experts qui ne savent écrire ne peuvent conserver des notes suffisantes pour la rédaction du procès-verbal : il faut donc qu'il soit rédigé dans le temps le plus voisin de leur visite; et de là naîtrait la présomption, pour ne pas dire la certitude, que le législateur a entendu désigner le greffier de paix du lieu contentieux, si, d'ailleurs, les termes de l'article étaient équivoques.

(2) Mais Delaporte lui-même, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 318, estiment qu'il n'y aurait pas nullité du procès-verbal qui serait écrit par un notaire, dans le cas d'éloignement du domicile du greffier de la justice de paix, et d'un empêchement constaté de cet officier ministériel. Nous ne voudrions point admettre cette exception pour le cas d'un simple éloignement du domicile du greffier; mais comme la loi n'a point indiqué de moyens pour le remplacer, *s'il était légitimement empêché,* comme le recours au tribunal retarderait le complément de l'opération, comme ce retard pourrait nuire, parce que des experts qui n'ont pu prendre des notes oublieraient facilement certains apurements, nous convenons qu'un notaire, dans ce cas d'exception, pourrait valablement écrire le rapport.

bien, d'ailleurs, que, sans cette circonstance, la cour de cassation et l'arrêt attaqué auraient jugé différemment. (*Voy.*, au reste, l'état de la jurisprudence, que nous avons rapporté sous le nº 1199.]

1197. *Le greffier du juge de paix doit-il écrire sous la dictée de l'expert?*

Le rapport doit être écrit par le greffier, dit Demiau, p. 231, mais *sous la dictée* de l'un des experts.

Nous pensons bien que telle est l'intention de la loi, puisqu'elle ne charge le greffier que d'*écrire*. Mais il faut convenir que, dans le cas où aucun des experts ne le saurait faire, il n'est guère vraisemblable que celui qui dicterait fît une rédaction aussi correcte et aussi claire que le greffier. Nous ne croyons donc pas que l'on puisse arguer de nullité un procès-verbal qui n'aurait pas été écrit sous la dictée. Dans la circonstance que nous venons de supposer, il faut considérer le greffier comme le notaire qui *écrit* toujours les conventions des parties, mais qui souvent les *rédige;* il suffit que la rédaction soit conforme à ce qui lui est exprimé, pour que l'on n'ait rien à reprocher à l'acte (1).

[Tel est aussi, et avec raison, l'avis de Favard, t. 4, p. 705, nº 6; Dalloz, t. 14, p. 348, nº 4, et Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 570.]

1198. *Le rapport peut-il être fait un jour de dimanche ou de fête légale?*

On lit au *Nouv. Rép.*, vº *Expert,* le passage suivant :

« C'est encore parce que les experts font, à certains égards, la fonction de juges, qu'il leur est défendu de faire des rapports les jours de dimanche ou de fête. Par arrêt du parlement de Provence du 18 nov. 1694, *on a jugé,* dit M. le président de Bézieux, liv. II, chap. 6, § 2, *qu'un rapport étant daté d'un jour de fête solennelle, il ne pouvait pas subsister; mais comme ce défaut venait de la propre faute des experts, la cour ordonna qu'il serait refait à leurs dépens.* » (*V.* Delaporte, t. 1, p. 304.)

Les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 320, ont appliqué cette décision à notre Code actuel.

Mais aujourd'hui, disent les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 256, qu'aucune disposition de la loi n'interdit aux experts de vaquer les jours de dimanche et de fête, il semble qu'il serait difficile d'annuler un rapport d'experts par le motif qui a déterminé le parlement d'Aix. Telle est notre opinion, que nous fondons non pas sur la disposition de l'art. 1030, qui veut qu'aucun acte de procédure ne soit annulé, si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi, mais sur l'art. 1037, qui n'interdit rigoureusement de faire un jour de fête légale d'autres actes que les *significations et exécutions.* Sans doute, comme les juges, les experts dont les actes sont judiciaires seront blâmables de procéder un jour de fête légale; mais nous ne voyons pas que la loi prononce formellement la nullité des actes qu'ils auraient faits dans ces jours, que la loi ne désigne d'ailleurs aux juges que comme *jours de vacance.*

[Nous adhérons à cette solution, avec Favard, t. 4, p. 705, nº 5, et Dalloz, t. 14, p. 350, nº 17; quoique Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 569, enseigne que l'art. 1037 est applicable.]

[**1198 bis.** *Un rapport peut-il être déclaré nul, s'il n'est signé que par deux experts?*

La question de savoir si les opérations peuvent valablement être faites par deux des trois experts, le troisième refusant d'y procéder, est indépendante de celle-ci. Elle est résolue pour la négative, par Favard, t. 4, p. 705, nº 7, et Dalloz, t. 14, p. 349, nº 12; il ne peut s'élever le moindre doute sur ce point. (*V.* l'arrêt de la cour de cassation du 2 sept. 1811, cité sous le nº 1158.)

Mais lorsque les opérations sont terminées et le rapport dressé, s'il arrive que l'un des experts refuse d'y apposer sa signature, faudra-t-il nécessairement que l'expertise soit recommencée sur nouveaux frais, après que l'expert refusant aura été remplacé? Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 570, décide l'affirmative, en réservant aux parties l'action en dommages contre l'expert qui occasionne ces frais et ce retard. Au contraire, Favard, t. 4, p. 705, nº 7, Boncenne, nº 380, Dalloz, t. 14, p. 349, nº 12, et Thomine, nº 371, enseignent, avec raison, selon nous, que le caprice ou le refus d'un des experts ne peut avoir pour effet de priver les parties et la justice de l'utilité d'un rapport à la confection duquel il a lui-même participé; que l'avis des experts se formant à la majorité, le refus de signer, de la part d'un seul, ne peut infirmer l'exactitude de ce qui

(1) Il y a plus : c'est que, dans le cas même où il y a lieu à ce qu'un des experts écrive le procès-verbal, rien ne s'oppose à ce que, d'un commun accord, ceux-ci chargent un tiers de la rédaction, afin d'y mettre plus de clarté et moins de temps, s'ils ne croyaient pas qu'ils eussent la capacité nécessaire. (*V.* Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 320.) Aussi l'art. 317 ne dit-il pas que la rédaction *sera faite,* mais qu'elle *sera écrite* par un des experts, et signée par tous. Voilà, ce nous semble, tout ce que la loi exige pour la validité du rapport.

est attesté par les deux autres; que la signature de ceux-ci est donc suffisante pour constater ce qui s'est passé, et pour relater même l'avis dissident de leur coexpert; qu'autrement l'avis d'un seul prévaudrait sur celui de la majorité; qu'enfin cette doctrine s'appuie, par analogie, sur la disposition de l'art. 1016 du Code de procédure civile, qui déclare valable le jugement arbitral que la minorité des arbitres aurait refusé de signer.

Ces principes ont été consacrés par arrêts de de la cour de cass. du 21 nov. 1820; de la cour de Bourges du 19 mars 1822 (Dalloz, t. 14, p. 339; Sirey, t. 21, p. 392); de la cour de cass. du 30 nov. 1824; de la cour d'Orléans du 18 juin 1812 (Dalloz, t. 14, p. 352), et de la cour d'Agen du 30 juill. 1828 (Sirey, t. 28, p. 352. (*V.* encore les arrêts rapportés sur la *Quest.* 1199).

[**1198** ter. ***L'indication du jour et du lieu de la rédaction du rapport est-elle prescrite à peine de nullité?***

Si la partie n'est pas présente au moment où les experts indiquent le jour et le lieu de la rédaction de leur rapport, faut-il, à peine de nullité, l'en prévenir par acte exprès?

Quant à la première partie de cette question, l'affirmative est certaine et enseignée par Boncenne, n° 379; faute de cette indication, en effet, les parties n'auraient pas la faculté d'expliquer leurs dires, de leur donner le développement nécessaire, et de les faire insérer au procès-verbal, avant sa clôture. Ce serait une de ces irrégularités substantielles dont nous parlons sur la *Quest.* 1199.

Nous ne pouvons donc approuver un arrêt de la cour de Rennes du 12 nov. 1836, qui décide que l'omission de cette indication n'est pas une cause de nullité. (*V.* toutefois, quant à l'assistance des parties lors de la rédaction du rapport, la distinction posée sur la *Question* 1193.)

Quant à la seconde partie de la question, nous répondrons oui, si, n'ayant pas été également avertie du jour où les experts devaient procéder, la partie n'a pas à s'imputer de ne s'y être point trouvée, ce qui, au reste, serait déjà un premier motif de nullité. (V. la *Question* 1186.)

Mais s'il n'a tenu qu'à elle d'assister à la réunion des experts là où l'indication a été donnée, si elle a été instruite par les voies légales, c'est sa faute de ne pas s'y être rendue. Nul n'est obligé de la mettre à l'abri des inconvénients qui pourront résulter pour elle de son absence. (*V.* la *Quest.* 1186.)

Ce serait violer la loi que d'exiger une sommation, ainsi que l'a décidé la cour de cassation, par un arrêt rendu le 19 juin 1838 (Sirey, t. 38, p. 609), cité et approuvé par Boncenne, n° 379.]

1199. ***L'omission des formalités prescrites par l'art.*** **317** ***emporte-t-elle nullité?***

Ce procès-verbal n'est qu'un acte de procédure, comme celui qui constate la prestation de serment, etc.; et, par les mêmes raisons que celles sur lesquelles nous avons résolu la 1185e question, on ne peut, d'après l'art. 1030, en prononcer la nullité, pour cause d'omission des formalités que prescrit l'art. 317; mais il n'en est pas moins vrai que le rapport est irrégulier dans sa substance, si, par exemple, les experts ont mis les parties hors d'état de requérir les apurements tendant à la découverte de la vérité, et, en ce cas, l'art. 323 déclarant que les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts, il nous semble que le juge peut ordonner une nouvelle expertise, ce qui produit en définitive les mêmes effets que si le procès-verbal était frappé de nullité pour défaut de forme. (Rennes, 16 juill. 1818; Dalloz, t. 14, p. 345.)

[Les décisions de la jurisprudence et les opinions des auteurs varient beaucoup sur cette question, que nous avons déjà traitée, mais sous des points de vue spéciaux, aux nos 1185, 1186, 1196, 1198 *bis* et 1198 *ter*. Ici elle se représente sous une physionomie générale. Quelques jurisconsultes et quelques arrêts, se fondant sur ce que le titre qui nous occupe ne contient aucune disposition irritante, ont prétendu que, dans aucun cas, les juges ne pouvaient prononcer la nullité; c'est notamment l'opinion développée par Dalloz, v° *Expertise*, sect. 1re, art. 7 et 9.

Essayons d'analyser les nombreuses décisions judiciaires intervenues sur cette question.

La cour de Besançon, en jugeant, le 18 juin 1812 (Dalloz, t. 14, p. 348), que le procès-verbal ne doit pas nécessairement mentionner l'accomplissement des formalités, et qu'on doit les supposer observées, quand l'acte n'offre point la preuve du contraire, a implicitement jugé que, pour un certain nombre au moins, ces formalités étaient rigoureuses; il en est de même de l'arrêt de la cour de Brux. du 24 mars 1829 (J. de B., 1829, 2e, p. 224). Un autre arrêt de la même cour de Besançon du 5 juin 1826, et un de la cour de Nanci, du 10 sept. 1814 (Dalloz, t. 14, p. 345; Sirey, t. 16, p. 52), se sont prononcés dans le même sens d'une manière formelle, en statuant sur une nullité prise de ce que le rapport paraissait n'avoir pas été rédigé dans un lieu préalablement désigné par les experts. Mais les cours de Bourges, les 2 août 1810, 20 avril 1825 (Sirey, t. 25, p. 432) et 30 mars 1829 (Dalloz, t. 9, p. 460); de Paris, 21 juin 1814; de Colmar, 2 juill. 1814 (Dalloz, t. 14, p. 347); de Montpellier, 19 juin

1821 et 26 mars 1824; d'Orléans, 12 juin 1822; de Toulouse 10 oct. 1823; de Metz, 13 nov. 1823; d'Agen, 16 juill. 1828; de Bordeaux, les 3 août, 4 juill. 1832. et 2 août 1833; de Rennes, 12 nov. 1836; et la cour de cass., les 7 déc. 1826 (Sirey, t. 27, p. 205), 10 août et 11 nov. 1829 (Sirey, t. 22, p. 406), et 19 juin 1838 (Sirey, t. 38, p. 609), ont décidé, au contraire, que la rédaction du procès-verbal sur le lieu contentieux, ou dans un autre lieu désigné par les experts, n'était pas requise à peine de nullité. On voit que c'est là une jurisprudence bien assise; nous la croyons conforme aux véritables principes.

Nous n'en dirons pas autant des décisions qui ont traité avec la même indulgence le rapport qui n'était pas écrit de la main d'un expert, et signé de tous, ou bien écrit par le greffier du juge de paix; nous avons à cet égard exprimé notre sentiment sur les *Quest.* 1196 et 1198 *bis*; la jurisprudence qui le combat est néanmoins presque aussi imposante que celle que nous venons de rapporter. Elle se compose des arrêts des cours de Paris du 21 juin 1814 (Dalloz, t. 19, p. 460); d'Orléans, 14 nov. 1817, et 6 mai 1824 (Dalloz, t. 14, p. 351); de Rouen, 6 et 24 juill. 1826 (Sirey, t. 27, p. 29); d'Agen 30 juill. 1828 (Sirey, t. 28, p. 352), et de la cour de cass., 21 nov. 1820 (Dalloz, t. 14, p. 339; Sirey, t. 21, p. 392), et 30 nov. 1824 (Dalloz, t. 14, p. 352).

Peut-on, en cette matière, poser des règles générales? Nous croyons devoir adopter l'avis général des auteurs, qui est de prononcer la nullité lorsqu'il y a omission des formes substantielles ou de l'une d'elles. (*V.* Berriat, *h. t.* note 3; Favard, t. 4, p. 705, v° *Rapport d'experts,* n° 5, et t. 1, § 3, n° 7; Pigeau, *Comm.,* t. 1, p. 576 et 577, et le *Prat.,* t. 2, p. 265.) Pigeau classe presque toutes les formalités parmi les formalités substantielles; mais celui qui a combattu avec le plus de force la tendance de la jurisprudence à ne donner aucune sanction spéciale aux art. 315 et 317, est Demiau, qui a dit, p. 232: « L'acceptation par les experts du mandat qui leur a été donné, constitue un quasi-contrat par lequel ils se sont obligés, tant envers la justice qu'à l'égard des parties, de satisfaire à toutes les conditions que la loi leur impose, du moins quant au mécanisme de leur opération; et, en prêtant serment entre les mains du commissaire, ils ont contracté, sous les auspices de la Divinité, l'engagement solennel de ne consulter dans leur opération que la loi, leurs lumières et leur conscience. »

Si donc ils ont omis des formes essentielles, ils ont manqué à leur devoir, ils n'ont pas accompli la mission que la justice attendait d'eux. Il est vrai qu'on pourra n'être pas d'accord, lorsqu'il s'agira de déterminer les formes qui ont ou non le caractère de substantielles; mais le principe qui devra guider les décisions sur ce point, c'est que la forme est essentielle lorsqu'elle a pour but d'obtenir un rapport éclairé, consciencieux, authentique, parce que, sans ces trois qualités, le but de la loi n'est pas rempli. Ainsi l'ont jugé les cours de Rennes, 16 juill. 1818 (Dalloz, t. 14, p. 545), et de Brux., 13 et 18 janv. 1827 (J. de B., 1827, 1re, p. 197). En partant de ces principes, il nous semble qu'on ne peut plus être arrêté par cette considération que le titre XIV du Code de procédure ne prononce, dans aucune de ses dispositions, la peine de nullité. Aussi la cour de Bordeaux a-t-elle décidé, le 25 mars 1828, que la nullité d'un rapport d'experts peut être prononcée pour l'inexécution de certaines formalités, dans les cas où la loi ne la prononce pas.

Cependant nous n'irons pas jusqu'à dire, avec l'arrêt de la cour de Rouen du 23 nov. 1826, que les nullités, lorsqu'à notre avis il en existe, soient en quelque sorte d'ordre public, de façon qu'elles ne puissent être couvertes par le silence des parties.

Au contraire, nous croyons qu'elles peuvent y renoncer et qu'elles sont censées le faire implicitement, lorsqu'elles font usage du rapport (Rennes, 4 fév. 1826); ou bien, s'il s'agit de nullités antérieures aux opérations, lorsqu'elles y ont comparu sans réclamation (Toulouse, 17 janv. 1837; Dalloz, t. 14, p. 352, et cass., 30 nov. 1824); et qu'à plus forte raison elles ne peuvent, pour la première fois, en appel, demander la nullité d'une expertise (Montpellier, 19 juill. 1821), quoique néanmoins il ne soit pas nécessaire, pour pouvoir proposer les vices de forme devant la cour, de les avoir développés devant les premiers juges: il suffit d'y avoir formellement conclu à la nullité du procès-verbal. (Bourges, 12 mai 1830.) On est également déchu du droit de se plaindre de l'inexécution des formalités, lorsqu'on a soi-même empêché l'observation de la loi par sa propre résistance. (Liége, 16 juill. 1825; J. de B., 1826, 2e, p. 19. — *V. Questions* 667 et 1172.)

Art. 318. Les experts dresseront un seul rapport; ils ne formeront qu'un seul avis à la pluralité des voix.

Ils indiqueront néanmoins, en cas d'avis différents, les motifs des divers avis, sans faire connaître quel a été l'avis personnel de chacun d'eux (1).

Ord. de 1667, tit. XXI, art. 12 et 13. — C. civ., art. 534, 1679. — C. pr., art. 210, 956. — [Locré, t. 9, p. 261.]

CCLXV. La délibération des experts termi-

(1) [Autant que faire se pourra, car dans l'espèce de

née, si les trois experts sont d'accord sur un même avis, cet avis est inséré comme unanime; s'ils sont partagés entre deux avis différents, l'avis adopté par la pluralité, c'est-à-dire par deux experts, est simplement admis dans le rapport; si enfin chacun des trois se trouve d'un avis différent, et qu'ils y persistent, le rapport indique chaque avis, et les motifs de son auteur, mais sans nommer celui-ci, rien ne devant faire connaître quel a été l'avis personnel de tel ou tel expert (1).

1200. ***Les experts, pour former la pluralité, sont-ils tenus de se réduire à deux opinions, ainsi que l'art.* 117 *le prescrit aux juges?***

Il suffit de lire en son entier l'art. 318, pour se convaincre que cette obligation ne leur est point imposée. Il résulte, en effet, de l'ensemble de cet article, que les experts ne doivent, comme les juges, qu'un seul avis, à la pluralité des voix, mais qu'ils sont tenus, à la différence de ceux-ci, auxquels on ne demande pas compte de la manière dont se forme parmi eux la pluralité des suffrages, d'indiquer les diverses opinions et les motifs particuliers de chacun. Ils ne sont donc pas tenus, comme les juges, de se réduire à deux opinions; chacun peut avoir la sienne, différente de celle des deux autres, et alors il suffira que chaque avis soit motivé : le tribunal, saisi de la contestation, choisira entre les trois avis, puisque ce mode d'instruction n'est fait que pour l'éclairer, et il appliquera les dispositions de l'article 322, si aucun des avis ne le satisfait. (*Voy.* Comm., inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 322.)

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 571 et 572, enseigne, avec raison, la même doctrine; mais Delaporte, t. 1, p. 305, est d'un avis contraire.]

1201. ***Les experts peuvent-ils donner, soit des renseignements, soit un avis, sur des objets qui n'auraient pas été mentionnés dans le jugement qui ordonne l'expertise?***

Sous l'empire de l'ordonnance, comme depuis la publication du Code, on a énoncé comme un principe certain que les experts doivent se renfermer dans la limite de la mission qui leur est donnée, c'est-à-dire qu'ils ne doivent, comme le dit entre autres Hautefeuille, p. 176, faire ni moins ni plus que ce qui leur est ordonné. Et, en effet, s'ils font moins, ils ne remplissent pas leur mandat; s'ils font plus, ils en excèdent les bornes.

Dans le cas même où ils ne s'occuperaient que des objets désignés dans le jugement qui ordonne l'expertise, ils doivent encore borner leur rapport à ce qui est de leur art : ce qu'ils disent sur le droit des parties est inutile et ne peut être pris en considération, à moins que les observations qu'ils feraient à cet égard ne fussent nécessairement liées aux apurements qu'ils auraient donnés sur la qualité, l'état, la valeur, etc., des choses qui font l'objet de leur rapport. (*Voy.* Brodeau sur Paris, art. 185, n° 7; Jousse, sur l'art. 12 du tit. XXI; Duparc-Poullain, t. 9, p. 480.)

[Nous partageons cette opinion, avec Boncenne, n° 378.]

[1201 bis. ***Les experts peuvent-ils entendre des témoins?***

Le 22 avril 1823, la cour d'Orléans a décidé cette question négativement en termes généraux et absolus qui résument selon nous toute la difficulté : « *Les experts*, a dit cette cour, *commis par un tribunal, pour vérifier s'il a été fait des améliorations à un immeuble et en quoi elles consistent, ne peuvent entendre des témoins. Le droit de faire enquête n'appartient qu'aux magistrats, et est hors du caractère et des attributions reconnus par la loi aux experts.* »

A la vérité, d'un second arrêt de la même cour du 18 nov. 1825, il paraîtrait résulter une doctrine contraire, doctrine qui est enseignée par Pigeau, p. 219, n° 339, Favard, t. 4, p. 700, n° 1, et Dalloz, t. 14, p. 342, n° 4.

Nous persistons néanmoins à penser, avec Boncenne, n° 378, édit. de la Soc. Typ., que les tribunaux ne peuvent pas déléguer aux experts le droit de faire une enquête. Dans le cas ou cette délégation paraîtrait permise, les experts devraient alors être considérés comme des juges-commissaires; et, pour cette enquête insolite, toutes les formalités prescrites par le titre XII devraient être accomplies. Pigeau lui-même professe que les témoins ainsi entendus pourraient être reprochés.]

1202. ***L'avis se formant à la majorité des voix, l'expert qui ne partage pas le sentiment de la majorité peut-il donner ses motifs?***

Tel est assez généralement l'usage; mais, en ce cas, l'expert ne se nomme pas. A ce moyen,

---

notre *Quest.* 1108 *bis*, les experts sont bien forcés de faire connaître l'avis personnel du dissident.]

(1) Nous lisons dans les motifs de la loi de procédure du canton de Genève que « la disposition opposée a » paru aux rédacteurs de cette loi plus conforme au » système général de publicité qu'elle admet, et plus » propre à éclairer le juge, dont la mission consiste » moins à compter les voix qu'à les peser. » On a vu, au Commentaire de l'art. 317, que cette loi laisse au juge l'option d'ordonner le rapport par écrit, par exemple dans les cas de partage de biens, de dépouillement et de vérification de comptes, ou d'entendre les experts à l'audience.

le tribunal, qui n'est pas assujetti à suivre l'avis des experts, peut trouver des renseignements utiles pour adopter une opinion contraire, en même temps que l'on n'a pas à craindre qu'il soit influencé par la considération de la personne.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 571, renonçant à l'opinion qu'il avait émise dans sa *Procédure civile*, reconnaît que les avis des experts doivent être motivés alors même qu'il n'y en aurait que deux. Il avait pensé d'abord que les motifs n'étaient exigés que dans le cas où les trois experts seraient d'avis différents. Sa dernière opinion est la plus exacte, quoique la première soit partagée par Demiau, p. 231. Pigeau ajoute, p. 572, que si les experts sont du même avis, par des motifs différents, ils doivent exprimer ces motifs.

La cour de Colmar a jugé, le 5 mai 1809 (Dalloz, t. 14, p. 344), que le défaut d'énonciation des motifs dans un procès-verbal d'experts n'en emporte pas la nullité. La cour de Brux. a jugé directement le contraire, le 20 novembre 1820 (J. de B., 1823, 2e, p. 200). Comme l'insertion des motifs est requise principalement pour éclairer la justice, si les tribunaux trouvent d'ailleurs des éléments suffisants pour juger, nous croyons qu'ils peuvent se contenter du procès-verbal non motivé. Mais si, faute de motifs, leur incertitude n'était point dissipée, ils auraient incontestablement le droit d'ordonner une nouvelle expertise, et même d'annuler la première pour en faire retomber les frais sur les experts négligents. (*Voy.* les *Quest.* 1210 et 1216.)

Il n'est pas douteux, au surplus, que les experts ne soient tenus de faire connaître les bases de leurs estimations, afin que le juge puisse en apprécier la justesse, ainsi que l'ont décidé deux arrêts, l'un de la cour de Rouen du 23 nov. 1826, et l'autre de la cour de Grenoble du 19 janv. 1827, sans que néanmoins ils soient obligés de faire connaître les valeurs partielles d'un immeuble qu'ils ont prises en considération pour fixer la valeur totale. (Nîmes, 3 pluv. an XIII; Dalloz, t. 14, p. 344; Sirey, t. 5, p. 496.)

Au reste, les motifs des divers avis sont suffisamment énoncés, si les magistrats peuvent les induire de la comparaison de chaque opinion. (Besançon, 19 mars 1822.)

Les 13 pluv., 24 niv. et 21 therm. an XI (Dalloz, t. 14, p. 366; Sirey, t. 3, p. 361), la cour de cass. a jugé, d'après le même principe, que les experts opérant, en vertu de l'art. 1er de la loi du 19 flor. an VI, pour savoir s'il y avait lésion dans les ventes faites en papier-monnaie, n'étaient pas tenus d'établir le produit de l'immeuble et d'indiquer une valeur comparative. Il suffisait qu'il résultât du rapport qu'ils avaient eu égard à ce produit, ce qui, du reste, était exigé à peine de nullité, suivant un autre arrêt de la même cour du 11 flor. an XIII. (Dalloz, t. 14, p. 366; Sirey, t. 5, p. 239. *V.* notre *Quest.* 1198 *bis.*)]

Art. 319. La minute du rapport sera déposée au greffe du tribunal qui aura ordonné l'expertise, sans nouveau serment de la part des experts : leurs vacations seront taxées par le président, au bas de la minute; et il en sera délivré exécutoire contre la partie qui aura requis l'expertise, ou qui l'aura poursuivie, si elle a été ordonnée d'office.

[Tar. rais., no 238.] — Ord. tit. XXI, art. 12 et 14. — C. pr., art. 209, 301, 957. — [Devilleneuve, vo *Expertise*, nos 41 à 43. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv. IIIe, tit. III, art. 359 (1).] — (*Voy.* Formule 276.)

CCLXVI. L'expertise entièrement faite et la minute du rapport achevée, les experts ou l'un d'eux, ou même le greffier de la justice de paix, suivant les cas, dépose ou fait déposer cette minute au greffe du tribunal. Le greffier dresse acte de ce dépôt; les frais et vacations dus aux experts, ainsi que ceux de rédaction du greffier de la justice de paix, s'il a fallu recourir à cet officier, sont taxés par le président du tribunal, et le greffier en délivre exécutoire si la partie qui doit payer les frais n'a pas acquitté d'avance le montant de cette taxe.

1203. ***Le Code de procédure établit-il une exception à l'obligation de déposer la minute du rapport au greffe du tribunal?***

Oui, et cette exception se trouve dans l'article 957, qui veut qu'en matière de vente d'immeubles par un notaire commis par un tribunal, le procès-verbal rapporté pour constater

(1) **JURISPRUDENCE.**

[1o Des superfluités qui se trouvent dans un rapport d'experts doivent seulement être rejetées de la taxe, mais elles n'opèrent point la nullité de l'expertise (Orléans, 30 juill. 1818; Dalloz, t. 14, p. 349);

2o Quand un rapport d'experts fait mention, lors de la clôture du procès-verbal, du nombre des vacations qui ont été employées, il est régulier, quoiqu'il ne soit pas divisé par séances; la loi exige que les vacations des experts soient taxées par le président, au bas de la minute (art. 119) : il faut donc que le nombre de ces vacations soit indiqué ; mais le législateur n'a point spécialisé le mode d'après lequel cette indication doit avoir lieu (Orléans, 5 mai 1819; Dalloz, t. 14, p. 349);

3o L'expert que les parties ont choisi pour faire entre elles le partage d'une succession indivise peut suivre, pour le règlement des vacations, la marche indiquée par l'art. 319 du Code de procédure civile, quoiqu'il ait été nommé avant l'introduction d'aucune instance en justice. (Cass., 17 avril 1838; Sirey, t. 38, p. 439.)]

la valeur du bien soit déposé dans l'étude du notaire.

[C'est le texte même de la loi.]

1204. ***Dans quel greffe devrait être déposé le procès-verbal, si l'expertise avait été ordonnée par une cour?***

La raison seule dirait que le procès-verbal doit être déposé au greffe de la cour, si l'article 470 ne le décidait pas, en disposant que les règles établies pour les tribunaux inférieurs doivent être observées dans les cours d'appel.

Aussi la cour de Paris a-t-elle ainsi jugé, par arrêt du 2 décembre 1809.

[*Voy.*, dans le même sens (ce qui ne peut souffrir de difficulté), Dalloz, t. 14, p. 349, nº 14, et Favard, t. 4, p. 705, nº 8, et un autre arrêt de la cour de Paris du 18 janvier 1825.]

1205. ***Est-ce aux experts à faire revêtir le procès-verbal de la formalité de l'enregistrement?***

Oui, dit le Comm. des *Ann. du Not.*, t. 2, p. 326 et suiv., et c'est conséquemment au tribunal à ordonner, si les experts l'exigent, la consignation préalable du montant du droit. Par induction d'une circulaire du ministre de la justice du 28 oct. 1808, nous pensons au contraire que ce n'est point aux experts à faire revêtir le procès-verbal de la formalité de l'enregistrement; c'est au receveur à en poursuivre le recouvrement sur l'extrait du dépôt que lui fournit le greffier, et le tribunal ne peut prononcer qu'autant que le procès-verbal est revêtu de la formalité; en un mot, on doit se conformer ici à ce qui se pratique relativement aux sentences arbitrales (1). (*V.* les questions traitées sur l'art. 1020.)

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 573, pense au contraire que le greffier ne doit recevoir le dépôt du rapport qu'après qu'il a été enregistré; il se fonde sur l'art. 42 de la loi du 22 frim. an VII, qui défend à cet officier de recevoir le dépôt d'aucun acte privé qui ne serait point enregistré. Mais Dalloz, t. 14, p. 349, nº 15, et Thomine, nº 371, adoptent l'avis de Carré que nous préférons aussi.]

1206. ***Dans quel délai les experts doivent-ils effectuer le dépôt de leur rapport?***

La cour de Rennes faisait cette question, dans ses observations sur le projet de Code, et proposait de décider que le dépôt serait fait dans le délai de trois jours de la clôture, dans la distance de cinq myriamètres, en ajoutant un jour par trois myriamètres au delà de cette distance. Cependant l'art. 319 n'a point fixé de délai: il faudra donc requérir ce dépôt ainsi qu'il est dit en l'art. 320. Mais il est entendu que cette réquisition ne peut être faite qu'après un certain laps de temps, et que le juge, suivant les circonstances, aura à prononcer si elle est prématurée ou non. (*V. Prat.*, t. 2, p. 243.)

[Cette procédure nous paraît convenable.]

1207. ***De ce que l'art.*** **319** ***porte que le président délivrera exécutoire aux experts, doit-on conclure qu'ils n'ont plus, contre chacune des parties, l'action solidaire pour leurs vacations, que leur accordaient anciennement plusieurs arrêts?***

Il avait été décidé par des arrêts des parlements d'Aix et de Dijon, cités au *Rép.*, vº *Expert.*, que les experts avaient une action solidaire contre chacune des parties pour lesquelles ils avaient opéré. Ces arrêts étaient fondés sur ce que les vacations des experts étaient comme les vacations et épices des juges, lesquelles étaient dues solidairement.

Cette jurisprudence, dit Merlin, paraît abrogée par l'art. 319, C. proc. En effet, cet article dispose que l'exécutoire est délivré contre la partie qui aura requis l'expertise, *ou qui l'aura poursuivie, si elle a été ordonnée d'office;* et, d'un autre côté, l'art. 1202, C. civ., porte que la solidarité ne se présume point; qu'il faut qu'elle soit stipulée par les parties, ou prononcée par la loi. Or, on ne pourrait citer aucune disposition de nos Codes qui prononçât la solidarité dans l'espèce de la question présente.

[Merlin, en rapportant au *Rép.*, vº *Expert.*, nº 9, un arrêt de la cour de cass. du 11 août 1813 (Dalloz, t. 20, p. 440; Sirey, t. 15, p. 94) qui a admis la solidarité, renonce à l'opinion contraire qu'il avait d'abord embrassée. On croyait alors que l'art. 319, C. pr., était introductif d'un droit nouveau; mais on a considéré depuis que l'expert pouvait être regardé comme le mandataire des deux parties, lorsqu'il avait été nommé sur leur poursuite, ou de leur aveu et dans leur intérêt respectif. En conséquence, on a pensé que l'art. 2002, C. civ., était applicable. La cour de cass. est même allée plus loin: elle a jugé que la dette, en pareil cas, pouvait être considérée comme indivisible; et c'est ce qu'a aussi décidé la cour d'Aix, le 2 mars 1833. (Sirey, t. 33, p. 568.) Mais nous croyons que le premier motif est préférable, ainsi que nous l'avons dit dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 311, nº 45.

A l'appui de cette jurisprudence, nous pouvons citer Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 574, Favard, t. 4, p. 706, nº 8, et Boncenne, nº 380. Toutefois Dalloz, t. 14, p. 350, nº 18, et un arrêt de la cour de Grenoble du 23 juin 1810, refusent à l'expert une action solidaire, attendu que la

(1) Remarquons, au reste, que ce droit n'est fixé qu'à 1 fr. par l'art. 68, § 1er, nº 35, de la loi du 22 frimaire an VII; en sorte que cette question est d'une bien faible importance.

solidarité ne se présume pas. (Art. 1202. C. civ.) Ce principe est incontestable, mais il ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 2002 qui prononce expressément la solidarité. La seule question est donc de savoir si l'expert peut invoquer cette disposition, et c'est avec raison, selon nous, que les auteurs précités ont décidé l'affirmative. (Voy. *Quest.* suiv.)]

[1207 bis. *Quelle est la partie qui doit faire l'avance des frais, et contre laquelle, par conséquent, l'exécutoire doit-être délivré ?*

D'après l'art. 319, il faut distinguer si l'expertise a été requise ou ordonnée d'office. Dans le premier cas, c'est la partie requérante qui doit faire les frais; dans le second, c'est la partie poursuivante.

D'où il faut conclure, avec la cour de Besançon, 2 août 1822 (Dalloz, t. 14, p. 343), que lorsque l'expertise a été ordonnée, du consentement des parties, l'avance du montant des vacations doit être faite par égales parts entre parties ayant le même intérêt; avec celle d'Amiens, 1er fév. 1825, que les experts ne peuvent obtenir exécutoire, ni intenter l'action du mandat contre la partie qui a poursuivi l'expertise, lorsqu'elle a été ordonnée sur les conclusions de l'autre partie (voy. *Quest.* 1207); avec celle de Bourges, 9 janv. 1832, que les frais d'expertise doivent toujours être payés par la partie poursuivante, sauf son recours contre qui de droit, quand bien même il aurait été rendu un jugement qui aurait déterminé laquelle des deux parties doit payer tous les frais, y compris ceux des experts; enfin avec celle d'Orléans, 18 janv. 1816, que lorsqu'une partie a demandé une expertise pour fixer le montant d'indemnités qu'elle réclame et que le tribunal, en déterminant d'office le *quantum* à payer comme indemnité, laisse néanmoins l'option d'une expertise, si la partie adverse, profitant de cette option, veut que l'expertise ait lieu, elle devient demanderesse par exception et reste passible du payement des experts.

Au reste la cour de cass. de Brux. a jugé, le 9 mars 1836 (J. de B., 1836, 1re, p. 322), que la remise des pièces aux experts constitue un acte de poursuite, dans le sens de l'art. 319, qui rend la partie de qui elle émane passible de l'exécutoire de la taxe des experts.]

1208. *L'ordonnance du président, qui déclare exécutoire contre l'une des parties une taxe de frais d'expertise, est-elle susceptible d'opposition ?*

Cette question a été jugée pour l'affirmative par arrêt de la cour de cass. du 2 avril 1811 (Sirey, t. 11, p. 169), dans l'espèce même où l'ordonnance avait été rendue contradictoirement. Le même arrêt décide que l'art. 6 du décret du 16 février 1807, sur la liquidation des dépens, lequel article fixe à trois jours le délai de l'opposition contre la taxe des dépens, n'était pas applicable à l'opposition à une ordonnance de taxation des experts, qui déciderait un différend élevé sur le point de savoir contre laquelle des parties en instance doit être poursuivi l'exécutoire au profit des experts.

Ainsi, le délai de l'opposition en ce cas est le délai ordinaire de huitaine, et elle se porte devant le tribunal.

[*En audience publique.* Ce dernier point est jugé dans le même sens par la cour de Bourges, le 9 janv. 1832; et tous les deux l'ont été par la cour de Nanci, le 4 déc. 1829. Favard, t. 4, p. 705 et 706, n° 8; Dalloz, t. 14, p. 350, n° 18, et Thomine, n° 371, sont du même avis; et nous l'avons aussi adopté dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 312, n° 46.]

Art. 320. En cas de retard ou de refus de la part des experts de déposer leur rapport, ils pourront être assignés à trois jours, sans préliminaire de conciliation, par-devant le tribunal qui les aura commis, pour se voir condamner, même par corps s'il y échet, à faire ledit dépôt; il y sera statué sommairement et sans instruction.

Tarif, 159. — [Tar. rais., n° 239.] — C. pr., article 316. — (*Voy.* Formules 277 et 278.)

CCLXVII. L'assignation dont il est question dans cet article est donnée par la partie qui veut poursuivre le jugement de la cause; et il est bien entendu, quoique la loi parle *des experts*, que, si le refus ou le retard ne provient que d'un seul d'entre eux, cet expert coupable ou négligent doit seul supporter la condamnation.

[La cause doit être portée devant le tribunal qui a ordonné l'expertise, alors même qu'un autre tribunal eût été chargé de nommer les experts, parce que c'est en réalité du premier qu'ils tiennent leur commission. La cause doit être jugée avec la plus grande célérité.]

1209. *Quels sont les cas dans lesquels il y aurait lieu à prononcer la contrainte par corps contre les experts ?*

C'est, par exemple, lorsqu'il paraît que le retard ou le refus provient de mauvaise foi, d'un accord des experts avec une des parties, d'une intention bien caractérisée de nuire, ou de désobéir à la justice, etc.

[Cette indication est hors de contestation, et reproduite par Boncenne, n° 380.]

1210. *Les experts peuvent-ils, à raison du retard ou du refus de déposer leur rapport, être condamnés à des dommages-intérêts envers la partie qui en aurait éprouvé préjudice?*

C'est notre opinion, fondée sur une juste induction de l'art. 316, qui autorise le tribunal à condamner à des dommages-intérêts l'expert qui, après avoir prêté serment, ne remplirait pas sa mission. A plus forte raison, une semblable condamnation doit-elle être prononcée contre ceux qui, ayant fait leur rapport, négligent, dans la seule intention de nuire, l'obligation qu'ils ont contractée de le déposer. (*Voy.* Hautefeuille, p. 177; Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 336.)

[C'est aussi, et avec raison, l'avis de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 576; Favard, t. 4, p. 706, n° 9; Dalloz, t. 14, p. 349, n° 16; Thomine, n° 372, et Boncenne, n° 380.]

Art. 321. Ce rapport sera levé et signifié à avoué par la partie la plus diligente; l'audience sera poursuivie sur un simple acte.

Tarif, 71. — [Tar. rais., nos 240, 241, 242, 243.] — Ord., tit. XXI, art. 23. — C. pr., art. 82, 286, 299 (1). — (*Voy.* Formules 279, 280, 281, 282 et 283.)

CCLXVIII. Au jour d'audience indiqué, après le dépôt et la signification du rapport, la discussion s'engage contradictoirement entre les parties, sur la question de savoir si l'avis des experts est concluant, s'il doit être admis ou rejeté.

Les juges sont-ils suffisamment éclairés sur l'objet de l'expertise, ils prononcent leur jugement définitif.

1211. *Si la partie qui lève le rapport n'est pas celle qui a requis l'expertise, peut-elle se faire délivrer exécutoire du montant de cette expédition, et s'en faire rembourser comme de frais préjudiciaux?*

Nous le croyons avec Pigeau, t. 1, p. 222, n° 339, parce qu'il nous semble de principe, en général, qu'une partie ne peut refuser de payer préalablement les frais faits par son adversaire, lorsqu'elle-même eût dû en faire les avances. On trouve un exemple de l'application de ce principe dans l'art. 220, et nous ne voyons pas de motifs pour ne pas accorder la même faculté dans l'espèce de l'art. 321.

[Cette opinion est partagée par Favard, t. 4, p. 706, n° 7, et Dalloz, t. 14, p. 350, n° 21; et c'est aussi celle que nous avons adoptée dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 313, n° 48. Mais Thomine, n° 372, la combat, parce que, suivant lui, il n'y a point d'analogie entre ce cas et celui de l'art. 220, et qu'en disant que la poursuite serait reprise par la partie la plus diligente, la loi ne peut avoir entendu qu'elle ne le serait pas à ses périls et risques. Boncenne, n° 380, à la note, édit. de la Soc. Typ. Belge, partage ce dernier avis.]

1212. *Si l'affaire s'instruit par écrit, comment l'expédition du procès-verbal doit-elle être remise au rapporteur?*

Elle lui est remise par la voie du greffe, ainsi qu'il se pratique dans le cas prévu par l'article 102. (V. *Prat.*, t. 2, p. 247.)

[Cela est évident.]

1213. *L'acte par lequel l'audience est poursuivie peut-il contenir un exposé des inductions résultant du procès-verbal, et doit-on, par cet acte, conclure à ce que le rapport soit homologué?*

La loi exige un *simple acte*; ainsi, l'on ne passerait en taxe que les frais de cet acte.

[Cependant il est des cas où un écrit de défenses peut être nécessaire. En matière de partage, il est d'usage d'admettre les requêtes en homologation. Thomine, n° 371, et Boncenne, n° 380, se montrent à cet égard moins rigoureux que d'autres auteurs.]

Mais relativement à la demande d'homologation, nous ferons observer que Hautefeuille, p. 177, dit que l'audience est poursuivie sur un simple acte contenant les conclusions de la partie en *homologation* (ou en rejet) du rapport. Nous nous rangeons à l'avis de Pigeau, t. 1, p. 222, n° 340, et de Demiau, p. 233, qui pensent qu'il est, en général, absolument inutile de demander une homologation, puisque les juges ont à prononcer ce qu'ils estiment convenable (art. 322), et à donner, dans le dispositif du jugement, leur décision sur tous les points qui ont fait l'objet de l'expertise.

On ne doit demander l'homologation que dans le cas d'un partage de succession, parce que le rapport deviendrait, par ce moyen, un titre pour chaque copartageant, le jugement qui attribue à chacun sa lotie ne pouvant contenir les détails que renferme le rapport des experts.

[Cette opinion, partagée aussi par Favard, t. 4, p. 706, n° 9, et Dalloz, t. 14, p. 350, n° 19, est exacte; mais c'est ici le cas de rappeler que, par arrêt du 2 janv. 1814, la cour de Besançon a décidé que les jugements d'homologation des rapports d'experts n'ont pas l'autorité de la chose jugée; ils ne font que constater que les opérations ou vérifications ordonnées ont eu lieu : lorsque les parties reconnaissent qu'il existe de fausses énonciations dans un rapport, elles peuvent toujours en deman-

---

(1) **Jurisprudence.**

[Le jugement homologatif d'un rapport d'experts n'est pas nul, quoiqu'il ordonne le payement de la somme exprimée au rapport sans en désigner la quotité. (Cass., 20 flor. an XI; Dalloz, t. 8, p. 310; Sirey, t. 3, p. 323.)]

der la rectification tant que les choses sont entières.]

Art. 322. Si les juges ne trouvent point dans le rapport les éclaircissements suffisants, ils pourront ordonner d'office une nouvelle expertise, par un ou plusieurs experts qu'ils nommeront également d'office, et qui pourront demander aux précédents experts les renseignements (1) qu'ils trouveront convenables.

Art. 184 de la coutume de Paris. — [Devilleneuve, v° *Expertise*, n°s 36 à 39. — Locré, t. 9, p. 294 (2).]

CCLXIX. Les juges trouvent-ils que le rapport ne contient point les éclaircissements qu'ils attendaient, la loi leur permet d'ordonner une nouvelle expertise, à laquelle on procède suivant les mêmes règles que nous avons exposées.

L'insuffisance d'un rapport vient, pour l'ordinaire, ou de ce que les faits à vérifier n'ont pas été bien précisés par le jugement qui a ordonné l'expertise, ou de ce que les parties ont choisi des experts incapables.

C'est toujours d'office qu'une seconde expertise est ordonnée. La loi, sauf ce que nous dirons sur la question suivante, ne permet même pas aux parties de la requérir; car il n'appartient qu'au tribunal d'examiner s'il est ou n'est pas assez instruit pour juger.

En cette seconde expertise, les parties n'ont plus la faculté de s'accorder, ni sur le nombre, ni sur le choix des experts; c'est au tribunal à décider, suivant les circonstances et le degré de lumières qu'il se propose d'acquérir, s'il est besoin de faire opérer trois experts ou s'il suffit d'en commettre un; c'est également à lui à nommer d'office l'expert ou les experts qui méritent sa confiance (3).

1214. *Le tribunal peut-il ordonner une seconde expertise sur la demande des parties?*

Jousse, sur l'art. 13 du tit. XXI de l'ord., dit que si les experts qui ont d'abord été nommés font un rapport uniforme, les parties ne sont pas recevables à en demander un autre, quand même celle qui demanderait le nouveau rapport offrirait de le faire faire à ses dépens; à moins, ajoute cet auteur, que le premier rapport ne fût pas concluant, ou qu'il ne fût exprimé d'une manière ambiguë ou suspecte, ou qu'il ne renfermât quelques autres vices de cette espèce.

Plusieurs auteurs que du Roussaud de Lacombe cite dans son *Recueil* au mot *Experts*, soutenaient que les parties étaient toujours recevables à demander la contre-visite; et telle était la jurisprudence reçue en Bretagne, ainsi que l'atteste Duparc, t. 9, p. 486, n° 25.

Aujourd'hui, les commentateurs du Code de procédure sont aussi divisés sur la question; et par exemple, les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 247, et Pigeau, t. 1, p. 222, n° 340, interprétant rigoureusement les termes de l'art. 322, disent que si la loi permet d'ordonner d'office un nouveau rapport, elle ne permet pas aux parties de le requérir, parce que le tribunal verra bien par lui-même, après la plaidoirie, si les éclaircissements sont suffisants ou non.

Delaporte, t. 1, p. 308, Demiau, p. 234, et les auteurs du *Comm.* inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 339, sont d'un sentiment opposé.

Nous croyons aussi que le législateur n'a point entendu interdire aux parties le droit de demander une nouvelle expertise, dans le cas

(1) *V.* ci-après la *Quest.* 1223.

(2) JURISPRUDENCE.

[1° Si les juges ne trouvent pas dans le rapport des éclaircissements suffisants pour la décision du procès, ils doivent ordonner d'office une nouvelle expertise, et les derniers experts peuvent demander aux précédents les renseignements convenables (Orléans, 17 août 1809, et 20 déc. 1821; Rennes, 10 juin 1816);

2° Les juges peuvent ordonner une nouvelle expertise, encore que la partie ait renoncé à se plaindre de la première. (Bourges, 2 août 1810);

3° En matière de partage comme en matière ordinaire, les juges peuvent ordonner une nouvelle expertise lorsqu'ils le jugent nécessaire (Rennes, 25 fév. 1826);

4° Les juges ne sont pas tenus d'admettre des preuves morales contre les preuves matérielles résultant d'un rapport d'experts. (Rennes, 26 juill. 1820.)]

(3) « La pratique actuelle, disent les rédacteurs de » la loi de procédure du canton de Genève, ne laisse » aux juges, contre un rapport obscur ou incomplet, » que l'expédient d'en ordonner un nouveau (*); expédient fâcheux sous deux rapports : pour les frais qu'il » occasionne aux parties, et par l'obligation de nommer d'autres experts, et de se priver des lumières » des premiers (**). Nous recourons à une voie plus » simple : nous autorisons les juges à ordonner la comparution des experts à l'audience, pour obtenir de » leur bouché les renseignements, les explications » propres à éclaircir, à compléter leur rapport écrit. » Nous prévenons d'oiseux débats; les parties ne se » prévaudront plus de quelque équivoque, de quelque » obscurité de rédaction, pour torturer le sens du rapport qui leur est contraire, lorsqu'il ne faudra qu'une » simple explication donnée à l'audience par l'expert, » pour faire évanouir toute leur argumentation. »

(*) On sait que la pratique génevoise, antérieure à cette loi, était celle du Code français.

(**) Pas absolument, puisque l'art. 322 autorise les nouveaux experts à demander aux précédents les explications et renseignements qu'ils désirent.

prévu par l'art. 322, ou toutes les fois qu'elles auraient à opposer qu'il y aurait erreur ou partialité dans le rapport. Et en effet, puisque, dans ces circonstances, le tribunal est investi du droit d'ordonner une contre-visite d'office, c'est-à-dire sans que les parties forment un réquisitoire à ce sujet, il peut, à plus forte raison, l'ordonner lorsque la demande lui en est faite.

En effet, toutes les dispositions qui autorisent les juges à ordonner quelque chose d'office, ne sont insérées dans la loi, qu'afin de faire connaître qu'ils auront, nonobstant le silence des parties, le droit d'ordonner de leur propre mouvement ce qu'ils jugeront convenable. Mais il ne suit pas de là qu'il soit interdit aux parties de requérir du juge ce qu'il est autorisé à ordonner, sans qu'il soit besoin de cette réquisition; et voilà, selon nous, tout ce qu'exprime l'art. 322, c'est que le juge peut prescrire une seconde expertise, encore qu'elle ne soit pas demandée.

Si donc une des parties, en demandant une contre-visite, fait concevoir aux juges qu'elle est nécessaire, ou si, après cette demande ou indépendamment d'elle, ils reconnaissent cette nécessité, il nous paraît juste qu'ils ordonnent la nouvelle expertise, comme il serait juste qu'ils la refusassent s'ils ne la croyaient pas utile (1). (V. *Nouv. Rép.*, au mot *Experts.*)

[Nous approuvons cette solution avec Favard, t. 4, p. 707, n° 1, et Dalloz, t. 14, p. 355, n° 2. Cependant nous devons dire que, le 6 déc. 1815, la cour de Besançon a décidé qu'aucun article de loi n'autorisait les parties à demander un amendement de rapport. Bien loin qu'un article de loi fût nécessaire pour cela, il nous semble au contraire qu'il en faudrait un tout exprès pour interdire cette faculté. Nous avouons toutefois, avec la cour de Rennes, 14 janv. 1820 et 12 fév. 1821, que les tribunaux ne sont pas tenus de déférer à la réquisition des parties sur ce point, pas plus qu'à toute autre demande qui leur serait faite sous prétexte d'éclaircir une cause qu'ils connaissent assez déjà. C'est à leur sagesse qu'il appartient d'apprécier la valeur des motifs proposés par celui qui demande un supplément d'expertise (V. *Suprà*, notre *Quest.* 1155). Voilà sans doute dans quel sens Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 509, dit que la partie ne peut réclamer un nouveau rapport qu'autant qu'elle produit aux juges qui ne la connaissaient point la preuve de l'insuffisance du premier. Au reste, la cour de Nîmes a jugé, le 15 juill. 1829, que, même en matière de partage, si le procès-verbal des experts ne présente pas de bases suffisantes pour l'estimation, l'une des parties peut demander une nouvelle expertise en faisant l'avance des frais.

Notre opinion est aussi celle de Boncenne, n° 381.]

[1214 bis. *Les juges peuvent-ils demander de nouveaux renseignements aux mêmes experts?*

Oui, s'ils pensent que les mêmes experts soient capables de réparer les erreurs ou les omissions qu'ils avaient d'abord commises. Il n'en serait pas de même si le vice du premier rapport provenait de la partialité ou de l'incapacité de ceux qui ont procédé aux opérations; mais il n'est pas besoin de faire observer que, dans ce cas, les juges se garderont bien de leur donner une nouvelle commission.

Notre solution a été consacrée par trois arrêts de la cour de cassation, sous les dates des 5 mars 1818 (Dalloz, t. 14, p. 332; Sirey, t. 19, p. 227), 7 août 1827 (Sirey, t. 28, p. 75), et 1er fév. 1832 (Sirey, t. 32, p. 745), par un arrêt de la cour de Montpellier du 27 mars 1824, par un autre de la cour de Liége du 11 fév. 1836 (J. de B., 1836, 2e, p. 174), qui, comme un quatrième arrêt de la cour de cass., du 27 fév. 1828 (Sirey, t. 29, p. 85), a jugé de plus qu'un nouveau serment n'était pas nécessaire pour valider la seconde opération, lorsque celle-ci n'était que la continuation de la première; qu'elle était placée sous la même garantie, et que les experts n'avaient pas alors besoin d'indiquer aux parties le jour où ils devaient opérer. On n'avait demandé aux experts que de préciser les bases sur lesquelles ils avaient assis leur expertise. Il en serait autrement, si les nouveaux renseignements étaient une nouvelle expertise.

Favard, t. 4, p. 707, n° 1, et Thomine, n° 375, approuvent comme nous la jurisprudence.

Boncenne, n° 381, propose un expédient qu'il trouve plus simple et plus sûr, et qui consiste à appeler les experts à l'audience pour leur demander des renseignements. (*V.* à la *Quest.* 1191 *ter*, notre opinion sur les rapports oraux.)]

---

(1) La cour de Rennes, par arrêt du 26 mars 1813 (Dalloz, t. 14, p. 356), a décidé que les parties plaidantes ne peuvent juger le mérite d'un rapport d'experts et obtenir *nécessairement* une nouvelle experpertise, si la première ne fournit pas de renseignements suffisants. Ce mot *nécessairement* prouve que cet arrêt ne juge pas que l'on ne puisse ordonner une nouvelle expertise, par cela seul que les parties l'auraient provoquée; mais seulement, comme nous venons de le dire, qu'il a la faculté de l'ordonner ou de la refuser. L'essentiel est, quand il l'ordonne, qu'il déclare dans le jugement que c'est pour sa propre instruction, et indépendamment de la demande qui lui en a été faite.

[1214 ter. *Quand les juges, ne trouvant pas dans un rapport d'experts, d'ailleurs régulier dans la forme, les éclaircissements suffisants, ordonnent une nouvelle expertise, doivent-ils anéantir le premier rapport?*

La cour de Limoges a décidé, le 10 juin 1822, que le premier rapport, loin d'être anéanti, devait rester au procès pour servir aux juges de renseignements quant aux points sur lesquels il est exact. Et elle s'est fondée sur ce qu'en effet la loi donne bien aux juges, lorsque leur religion n'est pas suffisamment éclairée par un premier rapport, la faculté d'en ordonner un second, mais que cette mesure n'entraîne point l'anéantissement du premier rapport lorsqu'il est régulier en la forme; qu'il doit au contraire rester au procès pour que les juges puissent rapprocher ou comparer le résultat des deux rapports, et tirer leur conviction de l'un ou de l'autre, suivant que les renseignements que chacun de ces rapports présente leur paraissent plus ou moins exacts.

Cette jurisprudence, conforme à l'esprit de la loi, est en harmonie avec le pouvoir discrétionnaire qu'elle semble, dans toute cette matière, avoir concédé au juge, pour que celui-ci puisse prendre des renseignements partout où il en trouve. Elle est au surplus confirmée par deux autres arrêts de la cour de Rennes du 19 mai 1812, de la cour d'Orléans du 9 août 1816 (Dalloz, t. 14, p. 355), et par l'assentiment de Merlin, *Rép.*, v° *Experts,* § 1er, et Berriat, *h. t.*, not. 32. Dalloz, t. 14, p. 355, n° 4, paraît néanmoins l'improuver. La faculté accordée aux nouveaux experts de demander des renseignements aux premiers, est, d'après lui, suffisante pour conserver au procès les éléments utiles que le premier rapport pouvait contenir. Mais n'est-il pas possible que ces renseignements ne soient pas demandés? car il n'y a rien d'obligatoire. Dès lors le système des arrêts rapportés nous paraît préférable.]

1215. *Le tribunal doit-il mentionner, dans le jugement qui ordonne la nouvelle expertise, l'insuffisance du premier rapport?*

Merlin, v° *Experts,* résout cette question en ces termes : « Sans contredit, lorsque dans la même instance sur laquelle il a été fait une expertise, et entre les mêmes parties, les juges ne trouvent pas dans le rapport des éclaircissements suffisants, ils ne peuvent ordonner d'office une expertise nouvelle *qu'en déclarant l'insuffisance des éclaircissements contenus dans le rapport de la première.* »

On ne saurait contester cette opinion qui est fondée sur ce que tout jugement doit être motivé, et sur ce qu'un tribunal n'est autorisé à ordonner une seconde expertise qu'autant qu'il reconnaît que la première est insuffisante.

[Cependant, il nous semble bien rigoureux d'annuler un jugement parce qu'en ordonnant une nouvelle expertise il aurait omis de déclarer expressément l'insuffisance de la première. Cette déclaration ne résulte-t-elle pas virtuellement de ce fait qu'une seconde expertise est ordonnée?]

1216. *Les frais de la nouvelle expertise sont-ils à la charge des experts qui ont fait la première?*

Selon les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 338, les experts ne pourraient être chargés de ces frais qu'autant qu'il serait reconnu que l'insuffisance de leur rapport eût été le résultat de la mauvaise foi. Dans le cas contraire, cette insuffisance ne devrait être attribuée qu'à une erreur involontaire, sur ce que le tribunal aurait exigé d'eux.

Duparc, t. 9 de ses *Principes*, p. 487, ne fait point cette distinction, et pense que les experts dont le rapport est attaqué pour nullité, ou pour quelque autre vice, sont responsables de la faute notable qu'ils ont commise.

Il faut remarquer que cet auteur établit sa décision sur l'art. 264 de la coutume de Bretagne, qui rendait les priseurs et arpenteurs responsables de la faute grossière commise dans leurs opérations.

Nous partageons l'opinion des auteurs du Commentaire précité, parce que nous assimilons l'insuffisance reconnue d'un rapport d'experts au *mal jugé* dont les juges ne sont pas responsables, lorsqu'il provient d'une erreur de fait ou de droit, dégagée de dol ou de fraude; tandis que, dans le cas de dol ou de fraude, l'action en dommages-intérêts est ouverte contre les juges par voie de prise à partie. (Article 505.)

[Un arrêt de la cour de Rennes du 16 juillet 1812, décide, au contraire, que les experts doivent supporter les frais résultant de l'annulation d'un rapport, par suite d'une *faute notable* de leur part. Cette décision nous paraît fort équitable; et, comme le dit Demiau, p. 231 et 232, c'est aux juges qu'il appartient de prononcer suivant les circonstances : il faut faire la part de l'erreur humaine, et prévenir le dol et la fraude. Telle est l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 576 et 577; mais les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 258, et Favard, t. 4, p. 707, n° 1, adoptent l'avis de Carré, en se fondant sur les mêmes motifs. Les experts, ajoute-t-on, pour le soutien du même système, ne sont pas des officiers publics soumis par l'art. 1031 aux dommages résultant des fautes qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions. C'est la raison que donne Pigeau, *loc. cit.*, pour soustraire au moins les experts aux conséquences de l'omission d'une formalité prescrite par la loi. La réponse donnée à cette raison

par Dalloz, t. 14, p. 355, n° 3, est que les experts sont libres de refuser une mission pour laquelle ils ne se sentent pas les connaissances nécessaires ; que, du moment qu'ils acceptent, ils contractent l'engagement de la remplir suivant toutes les règles légales. Ainsi, l'excuse tirée de l'ignorance de la loi ne suffirait pas pour les mettre à l'abri du recours des parties. C'est aussi l'opinion de Thomine, n° 373.

L'application de l'art. 1382 doit être faite aux experts avec d'autant plus de raison que le Code ne trace aucune règle de procédure pour les atteindre comme responsables, même en cas de dol et de fraude : c'est donc le droit commun qui leur est applicable.

Pour ceux qui veulent assimiler les experts à des commissaires exerçant une émanation du pouvoir judiciaire, on peut encore opposer l'art. 292 du Code de procédure. Car il serait difficile de concevoir la justice d'une disposition de loi qui frapperait le magistrat, en présence d'un principe qui mettrait à l'abri de toute poursuite un commissaire par lui délégué.

Dans tous les cas, les experts devront être assignés en garantie devant le tribunal déjà saisi, pour qu'on puisse faire prononcer contre eux des condamnations de frais ou de dommages-intérêts.

On demande laquelle des deux expertises doit être à la charge des experts trouvés en faute, celle qui est annulée, ou celle qui doit la remplacer. Dalloz, t. 14, p. 355, n° 5, répond qu'il faut prendre le parti qui blessera le moins l'intérêt des experts. Nous ne voyons pas de bonne raison pour adopter cette solution ; il nous semble bien plus naturel de leur faire toujours supporter les frais du travail annulé, qui devient inutile au procès, sauf aux parties à payer les nouveaux dépens que nécessitera l'expertise sur laquelle le procès sera jugé en faveur de l'une ou de l'autre. Thomine, *loco citato*, pense comme nous.]

1217. *Peut-on ordonner une nouvelle expertise en matière de vérification d'écritures ? Autrement, l'art. 322 est-il applicable en cette matière ?*

On a dit, pour la négative, et en se fondant sur le principe énoncé dans la *Quest.* 806, que les dispositions du titre de la vérification d'écritures établissent une procédure spéciale; que cette spécialité résulte des art. 197 et 212 de ce titre; que si l'intention du législateur avait été de rendre communes aux vérifications d'écritures privées toutes les dispositions du titre XIV, il s'en fût expliqué, comme il l'a fait dans l'art. 197, pour la récusation du juge-commissaire et des experts, et, dans l'art. 212, pour les règles à observer lors de l'audition des témoins ; qu'ayant gardé le silence à ce sujet, il s'ensuit qu'il n'a voulu appliquer aux vérifications d'écritures que les dispositions des titres XIV et XXI, relativement à la récusation des experts et du juge-commissaire, et celle du tit. XII, relative à l'audition des témoins; que de là résultait que l'art. 322, tit. XIV, était sans application en matière de vérification d'écritures.

On répondait, pour l'affirmative, que, dans les cas où la loi a spécifiquement statué sur une formalité, il est vrai qu'on ne peut ajouter à cette formalité celles que la loi générale aurait établies par d'autres cas, qu'il en était de même lorsque la loi spéciale, comme dans notre *Quest.* 806, avait statué sur un mode de nomination d'experts ; mais qu'il en était tout autrement, lorsque cette loi ne s'expliquait en aucune manière sur un cas prévu dans la loi générale, et qui peut se représenter dans le cours de la procédure réglée par la loi spéciale; qu'il fallait alors, lorsqu'il y a même motif de décider, suivre la loi générale, et que, par ces raisons, l'art. 322 était applicable en matière de vérification.

On se fondait sur ce que dit Merlin : *Si la loi spéciale abroge la loi générale dans les points où la première statue*, elle ne l'abroge pas dans ceux sur lesquels elle *garde le silence*. Loin de là, dit le même auteur (*Nouv. Rép.*, v° *Douane*, § 7), *la loi spéciale, à l'égard des mêmes points, est censée se référer à la loi générale*.

Sur cette difficulté, la cour de Rennes a considéré, par arrêt du 16 juill. 1817 (Dalloz, t. 14, p. 356), qu'encore bien que l'art. 322 se trouve sous le titre des rapports d'experts, il devait recevoir son application dans le cas de la procédure en vérification d'écritures, puisque les écrivains ou autres individus chargés de donner leur avis sur l'écriture contestée exercent véritablement les fonctions d'experts, et sont qualifiés tels par la loi ; que si le législateur a établi, sous deux rubriques différentes, les règles relatives aux rapports d'experts, et celles qui concernent les vérifications d'écritures, c'est parce que cette dernière période exigeait des formalités qui lui étaient particulières; mais que les règles qui, comme celle contenue dans l'art. 322, conviennent aux rapports d'experts en général, n'en sont pas moins applicables aux experts en écriture, comme à tous autres (1).

[Cette solution incontestable se retrouve aussi

(1) La cour de cassation, par arrêt du 7 août 1815 (Sirey, t. 15, p. 345), a jugé qu'en matière d'expertise, et pour vérification d'écritures, l'opinion de la majorité des experts est la règle naturelle des tribunaux ; mais cette décision ne contrarie point la solution de la question ci-dessus, car le même arrêt ajoute qu'il

dans un autre arrêt de la cour de Rennes du 26 mars 1813 (Dalloz, t. 14, p. 356), et dans un arrêt de la cour de Besançon du 16 juin 1812 (Dalloz, t. 28, p. 234). Elle est approuvée par Dalloz, t. 14, p. 355, n° 6. (*V.* toutefois nos *Quest.* 806 et 806 *bis.*)]

1218. ***Peut-on prétendre devant la cour que les premiers juges ont eu tort de déclarer n'avoir pas trouvé des renseignements suffisants dans un premier procès-verbal, et conclure, par cette raison, à la réformation de leur jugement, en ce qu'il aurait ordonné une nouvelle expertise?***

Par l'arrêt précité, la cour de Rennes a considéré que l'usage de la faculté établie par l'article 322 a dû être abandonné à la prudence des magistrats, puisqu'il était impossible de déterminer le degré d'impression que pouvaient produire sur leur esprit les apurements donnés par les premiers experts; qu'on doit respecter l'opinion du juge, lorsqu'il déclare n'avoir pas encore acquis une conviction suffisante, et laisser à sa disposition tous les moyens légaux pour la compléter; que ce serait en quelque sorte prétendre régler sa conscience, que de décider qu'il a eu tort de ne pas se trouver suffisamment convaincu.

[Nous adoptons cette opinion que Carré développe dans la consultation qu'on va lire sous le numéro suivant.]

[1218 bis. ***Une cour d'appel peut-elle réformer un jugement par lequel les juges ont omis de faire droit aux conclusions d'une des parties, tendantes à ce qu'une expertise nouvelle fût ordonnée, et ont déclaré adopter l'avis de l'expert*** (1)?

« Le conseil soussigné, consulté en point de droit, sur la question de savoir si l'on peut se faire grief en appel de ce que des juges de première instance ont refusé de faire droit aux conclusions d'une partie, tendantes à ce qu'une expertise nouvelle fût ordonnée, et, en conséquence, demander la réformation, sur ce chef, du jugement par lequel les premiers juges ont décidé au fond, en déclarant adopter entièrement l'avis de l'expert;

» Estime que cette question est délicate, et digne de fixer l'attention du juge d'une manière toute particulière, soit à raison de sa nouveauté, soit à raison de ce qu'elle pourra se présenter fréquemment, soit enfin à raison de son importance, relativement au pouvoir discrétionnaire et de droit nouveau, du moins pour la Bretagne, que le Code de procédure accorde au juge dans son art. 322.

» Cette question, quoique soumise au soussigné pour être examinée en pur point de droit, exige néanmoins, pour l'intelligence de la discussion, qu'on rappelle, en ce qui la concerne, quelques-uns des faits de l'espèce dans laquelle elle se présente...

» Sur les contestations élevées entre les sieurs B*** et M*** relatives à un précompte à établir entre eux, pour jouissance faite par le premier d'une ferme dont le second est devenu acquéreur par expropriation forcée, le tribunal de Nantes, du consentement des deux parties, par jugement du 23 juillet 1822, nomme pour les entendre et rédiger le précompte, M. Beauregard, avoué, lequel fut dispensé du serment, pour, sur avis de cet arbitre-expert, être statué au fond ce qui serait à appartenir; ce jugement a été exécuté, et l'avis de l'expert rapporté au tribunal a été critiqué par B***, qui a conclu à ce que le tribunal ordonnât une expertise nouvelle. Le tribunal, au contraire, a rejeté ce chef de conclusions et statué conformément à l'avis de l'expert.

» En appel on répète les mêmes conclusions, d'où naît la question ci-dessus posée.

» Pour la résoudre conformément aux principes, il faut se pénétrer d'abord de l'esprit de l'art. 322, qui a été de proscrire, dans tous les cas, les contre-expertises que l'on admettait en certains ressorts, en Bretagne par exemple, et qui, dans d'autres, n'étaient jamais autorisées. Mais la loi admet un tempérament à la prohibition pour le cas seulement où les juges, dit en termes exprès l'art. 322, ne trouvent point *dans le rapport des éclaircissements suffisants*, ce qu'ils ne peuvent déclarer que *d'office* et *de leur propre mouvement,* parce qu'il n'appartient qu'à eux d'examiner s'ils sont ou ne sont pas assez instruits pour juger.

» Aussi plusieurs auteurs, parmi lesquels on cite ceux du *Praticien,* et Pigeau, p. 300, ont-ils maintenu que les parties n'étaient pas recevables à provoquer le juge à l'effet d'ordonner une nouvelle expertise. L'auteur soussigné de l'analyse des opinions et des arrêts sur le Code, a adopté une modification de cette opinion en disant (*Quest.* 1090) qu'il ne convenait pas d'interpréter la loi si rigoureusement, qu'il fût interdit absolument aux parties de soumettre

---

n'est permis aux juges de s'en écarter, qu'*autant qu'ils déclarent formellement avoir une conviction contraire;* d'où suit que, toutes les fois qu'ils décident contre l'avis des experts, ils doivent insérer dans le jugement et cette déclaration et les motifs qui lui servent de base. (*V.* aussi Br., 23 mai 1827; J. du 19e s., 1827, p. 208.)

[Sous ce dernier point de vue, nous ne partageons pas l'opinion de Carré. (*V.* notre *Quest.* 1219 *bis.*)]

(1) [Nous partageons complétement la doctrine que Carré expose dans cette consultation, et qu'il vient déjà d'énoncer sur la question précédente.]

aux juges les raisons qu'elles auraient de croire que le rapport fût insuffisant, et de les convaincre de la nécessité d'en ordonner d'office un deuxième.

» Mais cette modification de l'opinion de Pigeau ne détruit en rien cette doctrine consacrée par le législateur, que la décision du juge sur la nécessité ou l'inutilité d'une deuxième expertise est absolument indépendante des conclusions des parties, qu'elle est entièrement abandonnée à sa conscience, en sorte que les parties ne peuvent, en appel, se faire grief de ce qu'il a jugé suffisante à son instruction une expertise que l'une des parties a prétendu devoir lui sembler insuffisante.

» Cette conséquence est formellement établie en principe : 1° dans un arrêt de la cour de Rennes du 19 juin 1812, où on lit que les premiers juges, en ordonnant d'office de nouveaux apurements tendant à rectifier l'opération d'un premier expert, se sont conformés à l'art. 322, et que, sous ce rapport, l'appelant ne souffre point de grief ; 2° dans un autre arrêt de la même cour du 16 juillet 1817 (Dalloz, t. 14, p. 356), ainsi motivé : « Considérant que l'u» sage de la faculté établie par l'art. 322 a dû » être abandonné à la prudence du magistrat, » puisqu'il était impossible de déterminer le » degré d'impression que pourraient produire » sur son esprit les apurements donnés par les » premiers experts ; qu'on doit respecter l'opi» nion du juge, lorsqu'il déclare n'avoir pas » encore acquis une conviction suffisante, et » laisser à sa disposition tous les moyens lé» gaux pour la compléter ; *que ce serait, en » quelque sorte, prétendre régler sa con» science, que de décider qu'il a eu tort de » ne pas se trouver suffisamment con» vaincu....* »

» Il est vrai que cette décision a été rendue dans une espèce où les premiers juges, usant de la faculté donnée par l'art. 322, avaient ordonné une deuxième expertise, tandis que, dans celle qui se présente aujourd'hui, ils se sont refusés à l'ordonner ; mais ce serait faire injure à la sagacité de la cour, que d'insister pour prouver que la solution doit être la même dans ces deux derniers cas, puisqu'elle dérive du même principe, savoir : *que la faculté établie par l'art. 322 est abandonnée à la prudence du magistrat,* et que, soit qu'il ordonne, soit qu'il refuse l'expertise, ce serait *prétendre régler sa conscience que de décider* qu'il a eu tort de ne pas se trouver suffisamment convaincu, comme de décider qu'il a eu tort de déclarer *qu'il a acquis cette conviction* ; que le rapport que l'on prétend insuffisant lui suffit ; qu'il n'a besoin d'aucun éclaircissement.

» Évidemment la cour ne peut porter un semblable jugement sur ce que la loi abandonne à la sagesse du juge ; il en est ici comme des jugements rendus par jurés. Pourquoi a-t-il été décidé qu'ils ne pouvaient être et ne seraient point sujets à l'appel? C'est, comme l'ont dit tous les orateurs de l'assemblée constituante, parce que la loi laisse à leur conscience la décision à rendre sur la matérialité et la moralité du fait criminel qui leur est déféré.

» De même, sur la question que l'on discute ici, la loi ayant tout laissé à la conscience et à la conviction du magistrat, il n'est pas permis, lorsqu'il s'est déclaré suffisamment instruit pour prononcer, de décider qu'il devait déclarer ne pas l'être.

» Mais il est à répondre à une objection de laquelle dérive toute la difficulté de la question ; c'est celle-ci : l'appel remet les choses au même et pareil état qu'elles étaient avant le jugement de première instance ; en d'autres termes, tel est l'effet du pouvoir dévolu au juge de deuxième instance, que l'appel remet en question tout ce qui a été jugé ; le juge d'appel est donc substitué au juge de première instance, pour faire ce que celui-ci devait faire et n'a pas fait ; le juge d'appel peut donc réformer le jugement qui a refusé la deuxième expertise, si, à la différence du premier juge, il estime cette deuxième expertise nécessaire pour la décision du procès.

» Certes, cette objection que l'on présente ici dans toute sa force n'est point péremptoire comme on le pourrait penser au premier aperçu, et ne saurait détruire l'opinion ci-dessus émise, et fondée sur l'arrêt du 16 juill. 1817.

» En effet, on convient des prémisses, mais on nie la conséquence ; il est vrai que le pouvoir du juge d'appel s'étend à faire tout ce que le premier juge devait faire ; mais ce principe ne s'entend que de ce que le premier juge devait faire, en vertu de conclusions positives sur lesquelles il ne peut se dispenser de statuer d'une manière quelconque, d'après les moyens produits, c'est-à-dire soit en les admettant, soit en les rejetant ; mais, dans l'espèce présente, où des auteurs estimables maintiennent que les parties n'ont pas même la faculté de provoquer le juge à ordonner une seconde expertise, dans une espèce où la loi s'en rapporte entièrement à sa conviction, on ne peut dire qu'il n'a pas fait ce qu'il eût dû faire, puisque la loi ne lui impose point ici l'obligation de statuer sur les conclusions ou réquisitions des parties, et ne l'autorise qu'à ordonner d'office une deuxième expertise.

» Enfin, et c'est ce raisonnement qui détermine particulièrement l'opinion du soussigné, supposons qu'une partie n'ait pas conclu à ce qu'un tribunal ordonnât telle voie d'instruction, que le tribunal se croie en état de statuer sans recourir à aucune, se ferait-on un grief de ce qu'il n'eût pas ordonné d'office soit une enquête, soit une expertise? non sans doute. Or, il en est de ce cas comme de celui que nous examinons ; puisque ce n'est pas sur les

réquisitions des parties, mais d'office, que le juge est autorisé à ordonner une nouvelle expertise. On ne peut donc pas dire que le premier juge ait mal jugé, on ne peut donc pas réformer le jugement, en ce qu'il a refusé l'expertise; car, encore une fois, on ne peut pas dire que le premier juge *ait mal jugé*, et une décision de première instance ne peut être réformée que pour le *mal jugé* reconnu et déclaré par le magistrat supérieur.

» Mais, dira-t-on, si la cour trouve des erreurs dans le rapport de l'expert, n'aura-t-elle pas le droit de l'annuler et d'en ordonner un nouveau? Il faut distinguer ici : ou les erreurs consisteraient dans les éclaircissements demandés par le premier juge et que la cour jugerait insuffisants, et dans ce cas, elle ne pourrait qu'ordonner d'office, et pour son instruction, une nouvelle expertise sur les seuls points qui lui sembleraient douteux; ou les erreurs consisteraient dans l'*évaluation*, et dans ce cas encore, elle n'aurait point à annuler le premier rapport, pour en ordonner un deuxième.

» Elle aurait à ordonner la rectification ainsi qu'elle l'a décidé par arrêt du 19 mai 1819 déjà cité, lequel a décidé qu'il n'y aurait lieu qu'à rectifier, et non à annuler, un rapport d'expert, lorsqu'il ne contient qu'une simple erreur. En effet, dit-on, quand la cour, comme il est dit dans les *considérants*, p. 519 du journal, est à même de réparer, d'après tous les documents qui existent au procès, des erreurs ou des omissions, il n'y a pas de motif pour réformer la décision des premiers juges.

» Le conseil, d'après la connaissance qu'il a prise des faits, croit qu'il sera facile au plaidant de prouver à la cour que l'avis de l'expert contient tous les renseignements, tous les éclaircissements nécessaires pour la décision des questions de fait; du moins, que la fixation des articles du précompte est fondée sur de justes bases, et que conséquemment le jugement qui a adopté cet avis doit être maintenu. »]

1219. *Y a-t-il lieu à ordonner une nouvelle expertise, dans un cas qui ne serait pas celui que prévoit l'art.* 322?

Un arrêt de la cour de cass. du 5 avril 1810 (Sirey, t. 11, p. 1; Merlin, dans ses *Quest.*, v° *Union*), nous en fournit un exemple dans l'espèce d'une tierce opposition formée contre un jugement rendu dans une cause où il y avait déjà eu une expertise. Il a été décidé par cet arrêt que les tiers opposants étaient fondés à demander que l'objet litigieux fût vu et visité par de nouveaux experts. En effet, ils sont étrangers aux actes d'instruction faits dans le cours de la première instance.

[Il n'est pas nécessaire, pour cela, que le premier rapport soit jugé insuffisant; l'art. 322 n'est plus applicable. L'arrêt du 5 avril obtient aussi l'approbation de Favard, t. 4, p. 707, n° 1.]

Art. 323. Les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose.

[Devilleneuve, v° *Expertise*, n°s 28 à 35. — Locré, t. 9, p. 294 (1).]

CCLXX. Nous avons déjà eu l'occasion (voy. *Quest.* 177 et 853) de faire remarquer que l'avis des experts n'entraîne point la décision du juge. En effet, la fonction de juge est d'apprécier la justesse de cet avis, et non de s'y conformer sans examen. Il n'est donc aucunement tenu de le suivre quand sa conviction s'y oppose.

1219 bis. *Les juges sont-ils obligés de donner les motifs pour lesquels ils s'écartent de l'avis des experts?*

L'avis de la majorité des experts étant, dit Favard, t. 4, p. 707, n° 2, la règle naturelle de la décision des juges, il s'ensuit que ceux-ci ne peuvent s'abstenir de le suivre qu'en déclarant expressément que leur conviction s'y oppose; un arrêt de la cour de cass. du 7 août 1815 (Dalloz, t. 14, p. 361; Sirey, t. 15, p. 346) est invoqué en faveur de cette opinion qu'approuve Berriat, *h. t.*, note 30. Mais il faut remarquer que, dans l'espèce de cet arrêt, les magistrats de la cour royale n'avaient pas parlé de leur conviction personnelle et n'avaient fait que relater les diverses opinions des experts, en déclarant même que la question était incertaine. Cet arrêt n'était donc pas motivé, et, pour le casser, la cour de cassation eût pu se fonder sur l'art. 141 du Code de procédure civile.

Dalloz, t. 14, p. 359, à la note, déclare contestable l'avis de Favard. En effet, si l'on veut dire que le jugement ou l'arrêt qui décide contrairement à l'avis des experts doit être motivé, nous adoptons cette décision : c'est une conséquence du principe général de l'art. 141, C. pr., et c'est dans ce sens que la cour de Bordeaux a rendu un arrêt conforme, le 8 janv.

(1) JURISPRUDENCE.

[Les juges ne sont pas astreints à suivre l'opinion des experts, si leur conviction s'y oppose.

C'est le texte même de l'article, et cependant la question a plusieurs fois été décidée par la cour de cassation dans des espèces où le génie des plaideurs signalait toujours des différences de fait, de manière à soustraire la cause à l'application de l'article 323. (*V.* cass., 21 déc. 1825, et 7 mars 1832 (Sirey, t. 26, p. 379, et t. 32, p. 265.)]

1830 (Sirey, t. 30, p. 100). Mais qu'il faille nécessairement, pour que la condition des motifs soit remplie, que le tribunal combatte l'avis des experts, en lui opposant des raisons contraires de décider, et en déclarant expressément que sa conviction est différente de la leur, c'est ce que nous ne pouvons admettre, parce que des motifs suffisants peuvent résulter de raisonnements indirects mais analogues. C'est ainsi que la cour de cass. a décidé, le 25 juill. 1833 (Sirey, t. 33, p. 616), que l'arrêt qui rejette une expertise ordonnée en cause d'appel, et qui confirme la décision des premiers juges en se bornant à adopter leurs motifs, est suffisamment motivé.

Le 27 nov. 1832, la même cour avait rendu un arrêt identique, à propos d'une enquête. C'est que, quoique les motifs des premiers juges ne puissent directement se référer à l'enquête ou à l'expertise ordonnée en cause d'appel, néanmoins ces motifs étant fondés sur ce que la demande n'était point justifiée, en les adoptant, la cour royale déclare implicitement que cette justification ne résulte pas plus de l'instruction faite devant elle que de celle qui avait eu lieu devant le tribunal. Par une raison semblable, la cour de cass. a encore décidé, le 17 janv. 1833 (Sirey, t. 33, p. 131), qu'une cour peut s'écarter de l'avis émis par le juge de paix qu'elle a commis pour avoir des renseignements dans une cause, sans être obligée de déclarer qu'elle se décide d'après sa propre conviction.

Boncenne, n° 382, adopte aussi cette opinion, en s'étonnant qu'on veuille imposer aux juges qui ne sont pas satisfaits du travail des experts, une formule sacramentelle hors de laquelle ils ne pourraient légalement exprimer leur improbation.]

1220. ***Est-il des cas dans lesquels les juges soient obligés de suivre l'avis des experts?***

La disposition de l'art. 323, qui consacre l'axiome de droit, *dictum expertorum nunquàm transit in rem judicatam,* reçoit exception toutes les fois que la loi a indiqué l'expertise comme moyen spécial de vérifier un fait. Ainsi, par exemple, les lois des 22 frimaire an VII et 27 vent. an IX autorisent la régie de l'enregistrement à faire estimer un bien, afin de percevoir un supplément de droit sur une vente qu'elle croit avoir été faite pour un prix supérieur à celui porté dans le contrat; dans cette circonstance, le tribunal sera lié par l'avis des experts, ainsi qu'il a été décidé par arrêts de la cour de cass. des 7 mars 1808 et 17 avril 1816. (*V.* Sirey, t. 8, p. 213, et t. 20, p. 491; Dalloz, t. 13, p. 345 et 346) (1).

[On trouve un troisième arrêt dans le même sens, du 28 mars 1831 (Sirey, t. 31, p. 161). C'est là une jurisprudence bien assise, car le seul arrêt qui semble la contrarier est du 9 brum. an XIV (Sirey, t. 6, p. 704; Dalloz, t. 22, p. 222). Il a décidé que lorsque le tiers expert ouvre un avis différent de celui des deux premiers, et qu'il se fonde sur de faux motifs de plus value donnée à l'immeuble, les juges peuvent, sans excéder leurs pouvoirs, appliquer la fixation de cette plus value par des motifs mieux fondés sans ordonner une nouvelle expertise.

Favard, t. 4, p. 709, n° 3, Berriat, note 30, n° 3, et Merlin, *Quest.*, v° *Expertise,* § 10, n° 3, approuvent la jurisprudence qui soumet la décision des juges à l'avis des experts. Mais Dalloz, t. 14, p. 359, n° 2, s'élève avec force contre ce système. L'autorité des tribunaux, dit cet auteur, s'étend sur les discussions avec le fisc comme sur les différends qui divisent les particuliers. Il importe peu que l'expertise soit le seul mode auquel les tribunaux peuvent recourir, et que même ils ne puissent se dispenser de l'employer; de cette obligation, il résulte seulement qu'ils ne peuvent juger seuls et par eux-mêmes, qu'ils doivent s'entourer de renseignements; mais non pas qu'ils doivent prendre ces renseignements pour vrais, lorsqu'ils ont la conviction qu'ils sont faux. En d'autres termes : les experts sont appelés pour fournir des lumières aux juges, mais il ne peut s'ensuivre que ceux-ci n'aient pas le droit de révision sur les éléments de décision qu'on leur présente. Une interprétation opposée est injurieuse aux magistrats, elle tend à déplacer le pouvoir judiciaire pour le confier à de simples experts qui offrent bien moins de garantie que des juges inamovibles; elle mettrait ceux-ci dans l'absurde nécessité d'apposer quelquefois le sceau de la légalité à des actes qui porteraient évidemment l'empreinte de l'injustice et de l'erreur.

Les objections de Dalloz nous paraissent justes, et nous y adhérons volontiers, mais nous n'osons pas espérer qu'une jurisprudence qui paraît si bien établie, et qui n'a jamais été appliquée qu'en faveur de la régie, soit de longtemps modifiée.

Néanmoins, il a été jugé, par la cour de cass., le 24 juillet 1815 (Dalloz, t. 13, p. 345; Sirey, t. 15, p. 402), le 17 avril 1816 (Dalloz, t. 13, p. 346; Sirey, t. 20, p. 491) et le 4 janv. 1820 (Dalloz, t. 14, p. 357; Sirey, t. 20, p. 160),

(1) Il en serait de même, dans notre opinion, et par induction de l'arrêt précité, relativement à une expertise ordonnée, dans l'espèce de l'art. 1678, C. civ., puisque cette expertise est la seule voie que le juge puisse employer, afin d'obtenir la preuve de la lésion résultant d'un acte de vente.

[*V.* nos observations au texte.]

que, si le rapport des experts présente des obscurités qui le rendent peu propre à fixer la religion du juge, celui-ci peut ne pas y avoir égard; mais il est alors dans l'obligation d'ordonner une nouvelle expertise, ne pouvant jamais en cette matière prononcer un jugement d'après ses propres lumières. C'est encore ce que la même cour a jugé, le 29 fév. 1832 (Sirey, t. 32, p. 224), dans une espèce où le premier rapport d'experts avait été annulé pour vice de forme.

Le motif dont s'étaye le système que nous venons de combattre le rendrait applicable à tous les cas dans lesquels l'expertise est une voie d'instruction nécessairement imposée aux juges, et dont ils ne peuvent se dispenser, comme en matière de lésion, de partage, de licitation, etc. (*Voy.* l'indication de tous ces cas sous la *Quest.* 1155 *in fine.*) Telle est en effet la conséquence devant laquelle Carré ne recule point, puisqu'il dit, à la note *infrà*, que l'avis des experts devra, dans tous ces cas, être la règle de la décision des magistrats. Cette conséquence nous semble, à nous, la condamnation du système : car autant vaudrait transformer les experts en de véritables juges, et les mettre au-dessus des magistrats institués par la loi.

Merlin, *Rép.*, v° *Expert.*, n° 2, a posé, comme Carré, cette question de savoir si, dans une matière ordinaire où l'expertise forme l'élément unique de l'instruction, les tribunaux sont obligés de soumettre leur conviction à l'avis des experts? « Je ne le pense pas, a-t-il dit. D'une part, en effet, l'art. 322, C. pr., n'*oblige* pas les juges, mais il les *autorise* à ordonner une nouvelle expertise, lorsqu'ils ne trouvent point, dans le rapport, des éclaircissements suffisants; de l'autre, l'art. 323 déclare expressément qu'ils ne sont point assujettis à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose; et ni l'un ni l'autre article n'excepte de sa disposition les cas où une expertise préalable est commandée par la loi. »

Dalloz, t. 14, p. 359, n° 3, et Boncenne, n°s 382 et suiv., embrassent cette opinion qui nous paraît la seule rationnelle et légale. (*Voy.* Nîmes, 12 pluv. an XIII; Sirey, t. 5, p. 91; Dalloz, t. 14, p. 343, et t. 28, p. 173; Colmar, 5 mai 1809; Dalloz, t. 14, p. 344, et Grenoble, 18 avril 1831.)]

[1220 bis. ***Lorsqu'un tribunal de première instance a ordonné une expertise, peut-il statuer au fond avant que cet interlocutoire ait été vidé?***

La cour d'Orléans a décidé, le 20 juin 1822, qu'il y avait un contrat judiciaire formé après l'expertise faite, et qu'il fallait un avenir préalable pour que l'audience fût poursuivie. Le 23 juin 1828, la cour de Bordeaux a expressément décidé la négative de la question.

Il s'agissait de dégradations commises par un fermier, et le tribunal de Blaye l'avait renvoyé purement et simplement de la demande, après avoir ordonné une expertise pour vérifier les dégradations alléguées, et sans que l'expertise eût été faite.

La cour a considéré qu'une telle décision blessait trop ouvertement les règles de l'ordre judiciaire et les principes du droit, pour pouvoir être maintenue; qu'en effet, les premiers juges n'avaient pas le droit de réformer eux-mêmes; que, puisqu'ils avaient ordonné que les dégradations dont s'étaient plaints les demandeurs seraient constatées par experts, ils devaient attendre le résultat de cette opération, ou tout au moins, que les demandeurs eussent été mis en demeure de l'exécuter, avant de prononcer le relaxe des défendeurs.

Nous croyons cet arrêt bien rendu. On remarquera qu'il n'exige point, pour qu'une partie puisse obtenir jugement définitif, qu'elle fasse procéder à l'interlocutoire ordonné sur les conclusions de son adversaire, ce qui violerait le principe que tout demandeur qui ne prouve pas doit être débouté; mais seulement qu'elle mette celui-ci en demeure de l'exécuter.]

1221. ***Quand une condamnation à une somme déterminée a été prononcée sous cette alternative,*** SI MIEUX N'AIMENT LES PARTIES A DIRE D'EXPERTS, ***l'avis des experts doit-il être la règle de la décision définitive?***

La cour de Rennes a résolu cette question pour l'affirmative, par arrêt du 7 août 1813, attendu que, l'option étant consommée en faveur de l'expertise, la condamnation à une somme fixe devient caduque, puisque les deux dispositions étant alternatives et au choix des parties, celle qu'elles ont admise doit nécessairement subsister avec tous ses effets, comme si l'autre n'avait pas été portée.

[Dalloz, t. 14, p. 359, n° 4, partage avec raison cet avis.]

1222. ***Si les parties avaient, dans l'espèce de l'alternative ci-dessus, consommé leur option pour l'expertise, le tribunal pourrait-il ordonner d'office une seconde expertise, dans le cas où la première serait irrégulière ou n'offrirait pas de renseignements suffisants?***

Nous pensons que cette question devrait être décidée pour l'affirmative, par suite de la solution ci-dessus donnée. En effet, si, dans le cas d'option entre une somme fixe et celle à fixer par experts, c'est la dernière seule qui doit être la règle de la décision définitive, il s'ensuit que le jugement qui donnait cette option n'est considéré que comme un *interlocutoire,* pour le cas où les parties n'eussent pas acquiescé à la fixation faite par ce jugement. Or, par une

conséquence nécessaire de ce caractère, attribué au jugement qui accorde l'option, le tribunal ne se trouve pas dessaisi de l'affaire, et, s'il s'élève des contestations sur l'expertise, rien ne s'oppose à ce qu'il en ordonne une nouvelle, dans le cas prévu par l'art. 322 (1).

[Sauf à conformer son jugement définitif aux résultats de la dernière.]

1223. *Un procès-verbal d'experts fait-il foi de son contenu?*

Les experts ne sont pas des juges, comme on vient de le voir par les précédentes questions ; mais ce sont des commissaires avoués par les parties ou par la justice : de là suit qu'on doit tenir pour vrais, jusqu'à inscription de faux, les faits qu'ils énoncent dans leur rapport, par exemple les énonciations d'avoir procédé en présence des parties, d'avoir reçu d'elles quelque pouvoir, d'avoir fait leur opération tel jour, ordonné telle remise, etc. ; en un mot, un rapport d'experts est regardé comme un acte authentique. (*Voy.* arrêt du 6 frim. an XIV; Dalloz, t. 15, p. 352; Sirey, t. 6, p. 108; *Rép.*, v° *Expert.*, p. 261.)

[Cette décision est encore confirmée par arrêts des cours de Besançon, 28 déc. 1815 (Sirey, t. 25, p. 108) ; d'Agen, 25 juin 1824; d'Amiens, 31 août 1826, et de la cour de cassation, 14 janv. 1836. Favard, t. 4, p. 704, n° 5; Dalloz, t. 14, p. 359, n° 6; Boncenne, n° 381, et le *Prat.*, t. 2, p. 255, approuvent, comme nous, cette jurisprudence, que Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 578, adopte également, néanmoins avec cette restriction que le procès-verbal, qui fait pleine foi entre les parties, n'aurait pas le même privilége à l'égard d'un tiers qu'on prétendrait l'avoir signé et auquel on l'opposerait. Celui-ci n'aurait pas besoin de s'inscrire en faux pour infirmer les assertions du procès-verbal dont il aurait à se plaindre. Les experts, en effet, ne sont pas des officiers publics investis de la confiance de la loi, ils n'ont ce caractère que vis-à-vis des parties qui les ont choisis, ou qui ont sanctionné, par leur silence, le choix du tribunal.]

TITRE XV.

DE L'INTERROGATOIRE SUR FAITS ET ARTICLES (2).

Parmi les moyens de prouver des faits qui peuvent influer sur la décision d'un procès, nous avons placé l'aveu des parties. L'aveu est extrajudiciaire, et ce dernier est *spontané* ou *forcé*.

Il est *spontané* quand il se trouve consigné dans un acte de procédure, tel qu'un exploit d'ajournement, une défense, des conclusions, dans une plaidoirie même. Mais, en ce dernier cas, celui qui veut tirer avantage de l'aveu doit préalablement s'en faire décerner acte par le juge, s'il craint que dans la suite il ne soit dénaturé ou méconnu.

L'aveu est *forcé*, 1° quand la comparution personnelle est ordonnée (voy. *suprà* sur l'article 119); 2° quand le serment est déféré ou référé (*suprà* sur les art. 120 et suiv.) ; 3° quand on procède à l'*interrogatoire sur faits et articles*.

L'interrogatoire sur faits et articles (3) est un acte judiciaire fait à la requête de l'une des parties, à l'effet d'établir, au moyen des réponses de l'autre à des questions qui lui sont adressées, la vérité de faits articulés par la première, et dont elle ne peut autrement administrer la preuve.

Au moyen de ces questions, la partie qui a requis l'interrogatoire essaye, pour ainsi dire, de pénétrer dans la conscience de son adversaire, en le forçant de s'expliquer positivement sur des points ou des circonstances de faits qu'il ne peut avouer sans compromettre sa

(1) Nous ajouterons, sur cette question, que nous eussions placée sous l'article précédent, si sa solution ne se rattachait pas à celle de la *Quest.* 1221 qui la précède, que le jugement qui accorde l'option ne devient définitif qu'autant que les parties n'auraient pas voté pour l'expertise. Dans le cas contraire, la disposition portant condamnation à une somme fixe est considérée comme non avenue. Il ne subsiste plus que la seconde disposition, qui est *interlocutoire;* et, par suite, on se retrouve dans le même état de choses que si le tribunal avait seulement ordonné l'expertise. Or, dans ce cas, il reprend le droit d'user de la faculté que lui donne l'art. 322, et peut évidemment ordonner d'office un nouveau rapport d'experts.

[Il ne suit pas de cette opinion, comme Dalloz, t. 14, p. 359, n° 5, semble le croire, que le tribunal puisse se dispenser de prendre les conclusions du dernier rapport pour règle définitive de sa décision. (*V.* la *Question* 1842.)]

(2) *V.* ord. de Villers-Cotterets, de 1539; de Roussillon, art. 6; de Blois, art. 168; de 1667, tit. X, art. 1er.

(3) On appelle aussi cet interrogatoire *audition catégorique,* parce que les faits sont du même genre, et disposés avec ordre. (Rodier, tit. X, art. 1er.)

propre défense, ou dénier sans être convaincu de mensonge.

En cas d'aveu, l'effet de ce mode d'instruction est, *en général*, de donner lieu à l'application de l'art. 1356, C. civ., suivant lequel les déclarations judiciaires des parties font pleine foi contre celui qui les a faites, sans pouvoir être rétractées ni divisées. Dans le cas contraire, l'interrogatoire n'offre que des inductions à tirer des dénégations et des contradictions de la partie qui l'a subi; mais ces inductions ne peuvent tout au plus donner lieu qu'à l'application de l'art. 1353 du C. civ., et n'ont, par conséquent, d'effet utile qu'autant que, la preuve testimoniale étant admissible, les réponses de l'interrogé produisent contre lui des présomptions graves, précises et concordantes. (Voy. *infrà* sur l'art. 335.) Il résulte de ces observations que l'interrogatoire, dans la plupart des circonstances, n'offre qu'une faible ressource contre la mauvaise foi. On a dit avec raison, comme le remarque Thomine, qu'il nuit plus souvent à la conscience de l'interrogé, qu'il n'est utile pour la justice.

Cependant le législateur ne devait pas négliger ce dernier moyen de découvrir la vérité et de déjouer la fraude; aussi son origine remonte-t-elle jusqu'au droit écrit (1), et il a été constamment adopté dans l'ancienne législation française, dont le Code de procédure n'a fait que répéter ou modifier les dispositions (2).

Art. 324. Les parties peuvent, en toutes matières et en tout état de cause, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents, concernant seulement la matière dont est question, sans retard de l'instruction ni du jugement.

[Tar. rais., n° 244.] — Ord. de 1667, tit. X, art. 1er, conforme à l'art. 37 de l'ord. de François 1er de 1539. — C. pr., art. 119, 428. — Devilleneuve, v° *Interrogatoire*, nos 1 à 6, 8 à 13, 15. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. Ier, tit. Ier, ch. Ier, art. 14, *Q.* 46. — Locré, t. 9, p. 143, 236, 262 (3). — (*Voy.* Formule 284.)

1224. *Quelles sont les personnes qui peuvent ou contre lesquelles on peut demander l'interrogatoire sur faits et articles?*

On répond, d'après ces termes de l'art. 324, *les parties peuvent*, etc., que tout individu qui est partie au procès, soit comme demandeur principal ou intervenant, soit comme défendeur principal ou en garantie, a droit de demander l'interrogatoire de sa partie adverse, de même qu'il ne peut s'opposer à le subir lui-même, à moins, toutefois, qu'il ne fût prouvé au tribunal que cet individu ne fût entièrement désintéressé dans la cause, et qu'il ne fût évident qu'on ne l'y eût appelé qu'afin d'obtenir de lui, à l'aide de l'interrogatoire, une sorte de déposition dans une affaire où la preuve par témoins ne serait pas admissible. (*Voy.* Rodier, sur l'art. 1er du tit. X de l'ordonn.)

[Cette interprétation, fort exacte, se retrouve dans Pigeau, *Proc. civ.*, à l'art. 3 de ce titre; Favard, t. 1, p. 113, n° 4; Dalloz, t. 18, p. 161, n° 1; Thomine, n° 375, et Boncenne, n° 385.]

Une tierce personne ne peut donc subir l'interrogatoire : c'est un principe de jurisprudence attesté par tous les auteurs, et qui dérive du texte même de l'art. 324.

[C'est encore, et avec raison, l'avis de Berriat, *h. t.*, note 5; Dalloz, t. 18, p. 161, n° 1, et Boncenne, n° 325. Le 15 vent. an XII, la cour de cass. fut saisie de la question de savoir si un tribunal pouvait interroger d'office une personne présente à l'audience, mais non partie dans la contestation. Nous ne doutons pas qu'elle ne l'eût résolue négativement, si elle n'avait cru devoir accueillir, contre ce moyen de cassation, une fin de non-recevoir prise de ce que la nullité n'avait pas été proposée aux

---

(1) ff. *de interrog. in jure faciend.*

(2) Ce mode d'instruction a été rejeté dans la procédure génevoise, comme étant absolument opposé au but que le législateur en attend, et qui est d'atteindre la vérité. On y a substitué, et avec raison, suivant nous, la comparution personnelle telle qu'elle est autorisée par l'art. 119 de notre Code, mais avec faculté à la partie d'adresser des questions à son adversaire. (*V.* les motifs de la loi de Genève, p. 109 et suiv., et Toullier, t. 10, nos 276-285.)

(3) JURISPRUDENCE.

[1° Le légataire ne peut se refuser à subir l'interrogatoire ordonné, sous prétexte que le testament qui l'institue n'a pas été encore reconnu ou vérifié, lorsqu'il a demandé lui-même l'envoi en possession de l'hérédité en vertu de ce testament (Cass., 18 mars 1818; Sirey, t. 18, p. 275);

2° Dans une instance en recherche de maternité, les questions sur lesquelles on demande que la mère présumée soit interrogée sur faits et articles peuvent contenir la désignation de celui auquel on impute la paternité (Rennes, 25 janvier 1810; Dalloz, t. 18, p. 173);

3° La caution solidaire peut demander que le débiteur principal et le créancier soient interrogés dans le but de savoir si des payements partiels n'auraient pas déjà été faits (Rennes, 21 fév. 1826; Sirey, t. 28, p. 166);

4° Celui qui oppose la prescription trentenaire ne peut se refuser à subir un interrogatoire sur des faits emportant renonciation à la prescription. Ils sont pertinents, puisqu'ils tendent à détruire le fondement de l'exception (Paris, 8 mars 1812; Sirey, t. 14, p. 33);

5° Le tribunal qui reconnaît que le moyen de prescription opposé à la demande est fondé, ne peut soumettre le défendeur à un interrogatoire sur faits et articles concernant l'existence primitive de la dette : ils ne seraient point pertinents, puisque, quel qu'en fût le résultat, la demande serait toujours emportée par l'exception. (Lyon, 18 janv. 1836.)]

juges du fond. (Dalloz, t. 18, p. 165; Sirey, t. 4, p. 108.)

Mais Lange, Rodier, Jousse, Serpillon et plusieurs auteurs qu'ils citent, et, après eux, Delaporte, t. 1, p. 309, les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 277, ceux du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 349, font à ce principe deux exceptions :

Premièrement, à l'égard du tuteur, qui peut être interrogé sur des faits concernant son pupille;

Secondement, à l'égard de la femme, lorsque le mari est poursuivi seul pour cause mobilière ou immobilière concernant celle-ci ou les biens communs des deux époux.

Nous admettons la première de ces propositions, mais dans un cas seulement où il nous semble qu'elle cesse d'être une exception au principe que les tierces personnes ne peuvent être interrogées sur faits et articles. Ce cas est celui où il s'agit des intérêts d'un mineur non émancipé. Alors, en effet, le tuteur, qui représente le mineur au procès, s'y trouve partie, et, comme tel, il doit subir l'interrogatoire ordonné dans la cause de son pupille. C'est pourquoi nous lisons ce qui suit au *Rép.*, v° *Interrog. sur faits et articles*, n° 3 : « Quant aux personnes, toutes les parties indistinctement peuvent réciproquement se faire interroger.... *Il suit de là que les tuteurs peuvent être interrogés pour le fait de leur mineur.* »

Cependant, Pigeau, t. 1, p. 177, n° 283, dit qu'un mineur en tutelle, n'ayant la libre disposition d'aucune chose, ne peut pas être interrogé. S'il ne peut l'être, pourquoi son tuteur le serait-il à sa place?

Nous répondons que le tuteur sera interrogé, mais sauf au tribunal à avoir tel égard que de raison à ses réponses; par exemple, s'il est question de faits personnels au mineur, on ne pourra tirer contre celui-ci aucun avantage des aveux du tuteur; si, au contraire, il s'agit de faits relatifs à l'administration du tuteur, ses réponses pourront lui être opposées. (*V.* Rodier, sur l'art. 4 du tit. X de l'ordonn.)

Quant au mineur émancipé, on pourra l'interroger personnellement sur tout ce qui concerne l'administration de ses biens et son commerce, parce qu'il a la disposition de tout ce qui tient à ces objets ; mais, relativement à ses capitaux mobiliers et à ses immeubles, nous croyons devoir l'assimiler au mineur en état de pleine minorité. (*V.* Pigeau, *ubi suprà*, et les art. 481 et suiv., C. civ.)

Ainsi, le tuteur ne pourrait être interrogé qu'autant qu'il assisterait dans une cause qui concernerait les objets dont le mineur n'a pas la libre disposition.

[Il peut résulter d'un interrogatoire des aveux qui, aux termes de l'art. 1356 du Code civil, feraient pleine preuve contre celui duquel ils émanent. Ce serait là une aliénation de ses droits qui n'est permise qu'à la partie qui en a la libre disposition. Or, le mineur non émancipé ne peut disposer d'aucun de ses droits; l'interrogatoire auquel on le soumettrait ne pourrait donc avoir aucun résultat : il ne doit pas avoir lieu. C'est le sentiment de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 582, Dalloz, t. 18, p. 161, n° 2, et Boncenne, n° 385.

Mais, pour le tuteur, il semblerait au premier abord qu'on dût l'assimiler à un administrateur d'établissement public qui, d'après l'art. 336, ne peut être interrogé que sur des faits qui lui sont personnels et qui n'auraient point, par conséquent, pour effet d'engager celui qu'il représente. Néanmoins, comme dans les matières où il peut agir de son propre mouvement, c'est-à-dire celles qui concernent les droits mobiliers du mineur ou l'administration simple de sa fortune, le tuteur est véritablement en nom au procès, le mineur n'y étant pas lui-même partie, il faut décider, avec Carré, que l'interrogatoire ne pourrait souffrir, à son égard, aucune difficulté, et ses réponses devraient faire preuve comme s'il s'agissait de son affaire personnelle; il n'en serait pas de même relativement aux droits immobiliers, dont le tuteur ne peut disposer. L'appréciation faite par Carré, en ce qui concerne le mineur émancipé, est aussi parfaitement conforme aux principes. La même doctrine est enseignée par Berriat, p. 315, et Dalloz, t. 18, p. 161, n°s 4 et 5. Boncenne, n° 385, distingue entre les faits qui seraient personnels à l'administration du tuteur, et ceux qui concerneraient les auteurs de son pupille : il admet l'interrogatoire quant aux premiers, et le repousse quant aux autres. Demiau, p. 237, et Delaporte, t. 1, p. 309, pensent que l'on peut interroger les mineurs adultes sur les faits qui sont à leur connaissance, sauf à avoir tel égard que de raison à leurs réponses.]

Venons à l'exception faite par les auteurs relativement à la femme mariée.

Lorsqu'elle est en cause, nul doute qu'elle peut être interrogée sur faits et articles, relativement aux objets dont elle a la libre disposition; par exemple, si elle est séparée de biens, si, lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal, elle s'est réservé de toucher annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus (*voy.* C. civ., art. 1549), ou que ses biens ou partie de ses biens sont paraphernaux (*voy.* article 1576) : c'est alors elle qui devra subir interrogatoire sur ce qui concerne son administration et son mobilier, et son mari ne pourrait même l'en empêcher, sous prétexte du défaut d'autorisation (voy. *Rép.*, *ubi suprà*), parce que le jugement qui aurait ordonné l'interrogatoire contient implicitement l'autorisation de justice, qui, aux termes de l'art. 218, C. civ., supplée l'autorisation maritale. (*V.* Com-

ment., inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 350.)

Mais lorsque le mari est seul en cause pour actions qui concernent sa femme, la question de savoir si elle peut être interrogée sur faits et articles présente quelque difficulté. Nous voyons tous les auteurs maintenir l'affirmative, et ils vont plus loin encore, en disant que la femme peut être interrogée dans les affaires qui auraient pour objet des biens qui lui seraient communs (1).

Pour rejeter une opinion appuyée d'autorités si respectables, il faudrait sans doute apporter des raisons qui fussent de nature à ne laisser aucune incertitude sur le défaut de fondement de celles que l'on opposerait. On pourrait dire que, dans tous les cas que nous venons d'énumérer, la femme n'est point partie au procès ; que l'art. 324 ne permet qu'aux parties de se faire interroger respectivement sur faits et articles ; que les décisions ci-dessus rapportées n'établissent que des règles d'une jurisprudence qui a cessé de produire ses effets depuis la publication du Code de procédure, l'art. 1041 ayant abrogé toutes les dispositions, coutumes, etc., en matière de procédure.

On ajouterait, relativement à l'espèce de la décision de la cour de Bruxelles, qu'en permettant de faire interroger la femme sur faits et articles, c'est admettre contre le mari une sorte de déposition qu'elle n'eût pu donner d'après l'art. 268 du Code.

Mais on répond à ces objections, en disant qu'appeler la femme à l'effet de subir interrogatoire, c'est la rendre partie au procès, et qu'elle peut être mise en cause dans une affaire où elle a évidemment un intérêt même actuel.

Au surplus, Merlin a conservé en son *Répertoire* les principes dont il s'agit, sans faire aucune observation qui tendît à en écarter l'application sous l'empire du Code de procédure ; et le silence de ce savant magistrat, qui n'a pas manqué de noter les modifications que nos nouveaux codes ont apportées aux anciens usages, est pour nous une forte raison de croire que la femme peut être entendue dans les cas que nous avons rappelés.

Ici nous ajouterons aux raisons que nous avons exposées pour prouver que la femme peut, en certains cas, et ne peut pas dans d'autres, être interrogée lorsqu'elle n'est pas aux qualités du procès, que, par arrêt du 10 juillet 1812 (Sirey, t. 14, p. 101), la cour d'Orléans a décidé qu'une femme ne peut être soumise à l'interrogatoire sur des faits de faute ou négligence reprochés au mari, mais étrangers, soit au commerce dont les époux se mêlent en commun, soit à l'administration intérieure du ménage, encore bien que l'action en dommages-intérêts, résultant de ces faits, retombe sur la communauté.

[La question n'a pas cessé d'être controversée depuis qu'elle a été examinée par Carré. Car si, d'un côté, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 583, Favard, t. 3, p. 113, n° 1, et Dalloz, t. 18, p. 161, n° 6, se sont rangés à son opinion, qui était déjà celle de Demiau, p. 275, et de Delaporte, t. 1, p. 309; si même deux arrêts, l'un de la cour de Brux., 4 fév. 1813 (Sirey, t. 14, p. 310), l'autre de la cour de Poitiers, 13 fév. 1827, sont venus la confirmer ; d'un autre côté, la cour de Caen, 10 avril 1823 (Sirey, t. 25, p. 174), la cour de Metz, 16 juin 1827, ont jugé que lorsqu'un mari a formé seul une action concernant l'administration des biens de sa femme, ou qu'il a été seul mis en cause, la partie adverse ne peut pas faire interroger la femme à propos de conventions qu'elle prétend être intervenues avec elle sur le fait du procès. Quoique les motifs de l'arrêt de Caen soient un développement très-remarquable du système qu'il embrasse, nous ne croyons pas qu'ils puissent résister à cette considération que la femme, étant intéressée dans une cause où il s'agit de ses biens personnels ou de ceux qui lui sont communs avec son mari, doit être regardée comme y étant partie et tacitement représentée par lui ; que dès lors rien n'est plus naturel et plus légal que de l'interroger sur des faits qui lui sont personnels, et qui regardent ses propres intérêts, que l'autorisation maritale n'est pas même pour cela spécialement nécessaire, puisqu'elle est déjà implicitement accordée par le fait du procès intenté par lui-même.

Il est d'autant plus juste qu'elle puisse y être appelée, ajoute Carré, dans une note que nous avons trouvée dans ses manuscrits, qu'autrement, le mari exerçant les actions mobilières et personnelles de la femme, il en résulterait qu'on ne pourrait user des avantages d'un interrogatoire, qui ne peut être utile qu'autant qu'elle le subit elle-même. La femme est d'ailleurs partie par le mari, son mandataire légal.

Boncenne, n° 386, résout comme nous cette

(1) Un arrêt de la cour de Brux. du 11 oct. 1808 (Dalloz, t. 18, p. 162 ; Sirey, t. 12, p. 195), a consacré cette opinion, en décidant qu'on peut faire entendre sur faits et articles la femme commune en biens d'un négociant, à raison d'une opération commerciale faite par son mari. Les motifs de cet arrêt ont été que la cause avait pour objet une action mobilière faisant partie de l'association conjugale existant entre le défendeur et son épouse ; que, par conséquent, celle-ci, étant intéressée dans la contestation, ne pouvait se soustraire à répondre sur les faits qui pouvaient contribuer à faire connaître la vérité.

Nous ferons observer que cette femme n'était point personnellement en cause dans l'instance.

question, qu'il conseille pourtant d'éluder en assignant préalablement en intervention la femme qu'on veut faire interroger. Il n'a jamais cru néanmoins que cette précaution fût indispensable pour autoriser l'interrogatoire.

La cour de Paris a appliqué les mêmes principes, mais dans l'espèce inverse, en décidant que le mari commun en biens, qui assiste sa femme pour l'autoriser dans un procès personnellement intenté par celle-ci, peut être tenu de répondre à l'interrogatoire demandé par l'adversaire, quoiqu'il ne soit pas précisément partie dans la contestation, mais à cause de l'espèce de communauté d'intérêt (23 juin 1812; Dalloz, t. 18, p. 164).]

1225. *Qu'entend-on par* FAITS ET ARTICLES PERTINENTS?

Puisque l'interrogatoire sur faits et articles ne peut avoir d'autre objet que de faire connaître les faits de la cause, c'est-à-dire ceux qui concernent la matière dont il est question, ce sont ces faits, comme le dit l'art. 324, que l'on peut regarder comme pertinents. (*V.* Rennes, 27 juin 1809.)

[Cette explication, qui n'est pas susceptible de difficulté, est encore consacrée par les arrêts de la cour de Turin, 27 janvier 1808 (Dalloz, t. 18, p. 168), et de la cour de Rennes, 25 juin 1813, et unanimement adoptée par Pigeau, *Proc. civ.*, art. 4 de ce titre, Favard, t. 3, p. 114, n° 4, Demiau, p. 236, Dalloz, t. 18, p. 164, n° 2, et Thomine, n° 375.]

Ainsi, tous les faits étrangers, tous ceux qui ne tendent qu'à satisfaire la partie, en un mot tous les faits qui n'ont pas un rapport direct à la contestation, doivent être rejetés, parce qu'ils sont contraires à l'objet pour lequel l'interrogatoire sur faits et articles est autorisé; en sorte qu'une partie serait fondée à refuser de répondre sur de tels faits, si le juge les avait admis.

Mais on tenait pour certain, sous l'empire de l'ordonnance (*V.* Bornier, Rodier et Serpillon, sur l'art. 1er du tit. X), que les juges ne pouvaient ordonner l'interrogatoire sur faits et articles, lorsqu'il s'agissait de faits dont l'aveu pouvait exposer les parties à une action criminelle, ou dévoiler leur propre turpitude. Plusieurs des commentateurs du Code ont répété cette décision.

Nous remarquerons que Merlin la combat comme n'étant fondée ni sur la raison, puisqu'elle s'oppose à ce qu'une partie soit privée, par le fait de la partie adverse, des avantages des voies d'instruction indiquées par la loi, ni sur la loi, puisqu'elle ne contient pas un seul mot d'où l'on puisse inférer qu'entre des *faits pertinents*, sur lesquels il est permis à toute partie de faire interroger son adversaire, on doive excepter les faits qui tendent à inculper ou à déshonorer celui-ci. (*V.* les autres raisons données au *Rép., ubi suprà,* n° 5) (1).

[Berriat, *h. t.*, note 6, n° 3, Favard, t. 3, p. 114, n° 4, Dalloz, t. 18, p. 164, n° 5, Thomine, n° 375, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 581, et Boncenne, n° 388, partagent l'opinion de Carré. Boncenne, après avoir critiqué la doctrine contraire, qu'il qualifie de *trop commode pour les gens serrés de près*, et après avoir déclaré qu'elle n'était *fondée ni en droit ni en raison*, termine en disant : « Tous les faits » qui concernent particulièrement et *utile-* » *ment* la matière en litige sont *pertinents*.

---

(1) Nous ajouterons qu'il ne suffirait pas, pour qu'un interrogatoire sur faits et articles fût ordonné, que les faits fussent *pertinents*, dans le sens que nous venons de donner à ce mot. L'art. 324 l'emploie dans un sens plus étendu, et veut tout à la fois, pour que les faits soient réputés *pertinents*, qu'ils concernent la matière dont il est question, et qu'ils soient *concluants*, c'est-à-dire qu'ils soient tels que, si la partie les avoue ou refuse de répondre après avoir comparu, son aveu ou son silence fasse preuve contre elle. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 178, no 285.)

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 583, Dalloz, t. 18, p. 177, enseignent aussi qu'à la condition de *pertinence*, les faits articulés doivent réunir celle d'être *concluants*. Thomine, no 375, conteste cette règle, en se fondant sur ce que, la loi n'ayant pas permis de discussion contradictoire sur le mérite de ces faits, le tribunal ne doit pas ni ne peut même en apprécier la portée. Ce motif nous semble une erreur; quoi de plus facile, en effet, que de juger si l'aveu ou la dénégation d'un fait de la part de l'interrogé peut former ou non preuve contre lui? Si, par exemple, dans le cours de l'instruction, le défendeur, sans nier qu'il eût contracté la dette qu'on lui réclame, a allégué s'en être libéré depuis, à quoi servirait-il de le faire interroger sur le fait du contrat qu'il ne nie point? la demande en serait-elle mieux appuyée? Les juges pourront par conséquent et devront refuser, sur des faits aussi inconcluants, un interrogatoire qui ne servirait qu'à retarder inutilement le jugement du procès. Que sur certains faits moins directs, moins précis, le tribunal puisse avoir plus de doute, et que, dans ce doute, il se décide pour l'interrogatoire, nous le concevons; mais ce n'est pas là admettre des faits qui ne sont pas concluants, c'est supposer qu'ils peuvent l'être. La règle de Carré et des auteurs cités est donc conforme aux principes. La cour de Brux. l'a reconnu en décidant, le 27 juin 1823 (J. de B., 1823, 2e, p. 79), qu'une partie ne peut être obligée de répondre sur des faits et articles dont la valeur est subordonnée à l'existence d'un fait principal qui est contesté et non établi au procès, parce que les réponses ne pourraient, dans un tel état de choses, fournir aucune induction.

Nous dirons encore, avec Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 583, que les faits articulés doivent être personnels à la partie qui doit y répondre, et, comme application de cette dernière règle, nous citerons l'arrêt de la cour d'Amiens du 6 mai 1826, qui a jugé qu'une femme demanderesse en séparation de biens ne peut être interrogée sur le fait de savoir *s'il n'est pas vrai que les affaires de son mari sont en bon état, qu'il possède, en meubles et immeubles, des ressources qui excèdent le montant de ce qu'il peut devoir*, etc. (*V.* cependant notre *Quest.* 1224.)]

» Ce qu'on est convenu d'appeler impertinent » dans le monde est quelquefois très-pertinent » au palais. »

Demiau, p. 236, est le seul auteur qui ait émis un sentiment opposé à celui d'aussi graves autorités.

C'est avec une conviction profonde que nous adoptons l'avis de ce dernier jurisconsulte : nous pensons que l'interrogatoire, comme le serment, doit être défendu sur tout fait *immoral en soi* ou *qualifié crime ou délit par la loi;* nous en exceptons l'usure, à raison de la nature spéciale de ce délit *sui generis,* de ce délit complexe, de ce délit qui, à vrai dire, n'en est pas un, quoiqu'il donne lieu à une poursuite devant le tribunal de police correctionnelle (1).

Les motifs que nous pourrions déduire pour combattre les auteurs ont été développés avec la plus grande habileté par notre honorable successeur, M. Morin, dans un mémoire imprimé présenté à la chambre des requêtes. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un serment déféré à une demoiselle en ces termes : « *N'est-il pas certain que vous êtes accouchée d'un enfant de tel sexe ?* »

Le 16 déc. 1836, la cour de Rennes avait accueilli les conclusions du demandeur; mais, sur la plaidoirie de M. Morin, la chambre des requêtes a admis le pourvoi. L'arrêt de la cour de Rennes et l'admission sont rapportés dans la *Gaz. des Trib.* du 23 mars 1837, n° 3598 (2).

Voici la discussion de M. Morin (3) :

« Le serment décisoire, il est vrai, peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (art. 1358), encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (1360). Est-ce à dire pour cela qu'il puisse être déféré sur quoi que ce soit, dans toute cause quelconque, sans exception aucune? Assurément non; et le principe, quelque absolus que soient les termes dans lesquels il est formulé, n'est pas sans limitation plus qu'aucun autre.

» L'art. 1358 n'est que la reproduction de la loi 35, ff., *de jurej.* : « *Jusjurandum et ad pecunias, et ad omnes res locum habet,* » ce qui signifie, d'après Pothier, qui nous a transmis le principe : « On peut déférer le serment sur le possessoire comme sur le pétitoire, dans les causes personnelles comme dans les causes réelles. » (*Tr. des Oblig.*, n° 913.) Voilà comment l'art. 1358 est entendu par tous les auteurs qui ont traité la matière du serment. Duranton l'explique ainsi, tit. *du Serment,* n°s 574 et suiv. :

« Quelque général que soit le principe, il » n'est pas tellement absolu qu'il ne reçoive » quelques limitations.

» Le véritable sens de l'art. 1358 n'est pas » que le serment peut être déféré dans tous les » cas quelconques sans aucune exception, » mais seulement qu'il peut l'être dans quelque » espèce de contestation que ce soit, quant à » un fait qu'il s'agit d'établir, sur lequel les » parties pourraient transiger, et duquel dé» pendrait la décision de la cause.

» Il faut donc dire que le serment décisoire » peut être déféré sur quelque espèce de con» testation que ce soit, en ce sens qu'il peut » l'être dans les instances civiles ou commer» ciales, ou devant le juge de paix, soit juge, » soit conciliateur, sur le possessoire comme » sur le pétitoire, et dans les actions réelles » comme dans les actions personnelles. Mais » cela ne veut pas dire qu'il peut l'être dans » tous les cas quelconques. »

» Il est facile en effet d'établir que le serment décisoire est inapplicable dans beaucoup de cas qui ont plus ou moins d'analogie avec la question actuelle.

» Ainsi, le serment décisoire ne peut être déféré sur un fait pour lequel la loi n'accorde aucune action, par exemple pour une dette de jeu, ou pour le payement d'un pari : c'est un point reconnu. Or, si l'action de l'enfant naturel est permise, c'est seulement vis-à-vis d'une personne dont l'accouchement soit *constant,* tout au moins *présumé,* d'après certains éléments de preuve, suivant la disposition spéciale de l'art. 341, appliqué à l'accouchement comme à l'identité.

» Ainsi encore, la délation de serment ne peut avoir lieu pour établir une obligation dont la validité dépend essentiellement de telle forme extérieure, *putà* une donation, une transaction, une constitution d'hypothèque, une société commerciale en nom collectif : ce point est encore hors de controverse (4). Or, la loi n'exige-t-elle pas également un certain mode de preuve pour constituer la reconnaissance volontaire ou forcée d'un enfant naturel? Les règles spéciales tracées par les art. 334 et 341, ne repoussent-elles pas l'application des règles, plus générales, adoptées ultérieurement sous la rubrique : « *De la preuve des obligations et de celle du payement?* »

---

(1) [Nous approuvons un arrêt de la cour de Liége du 5 avril 1811 (Sirey, t. 14, p. 344), qui a admis l'interrogatoire dans un procès d'usure.]

(2) [Le 3 juin 1837, la conférence des avocats près la cour de Paris, sous la présidence de M. Delangle, a adopté à une très-grande majorité l'opinion de la cour de cassation (Journal *le Droit,* 4 juin 1837, n° 341). Mais le 11 juin 1840, la conférence des avocats de Toulouse a embrassé l'opinion contraire.]

(3) [Brux., 17 fév. 1819 (J. de B., 1819, t. 1, p. 270), et 23 nov. 1826 (J. de B., 1827, t. 2, p. 186).]

(4) [Nous admettons la légalité d'un interrogatoire sur faits et articles, et par conséquent d'un serment sur une transaction, un fidéicommis. (V. *Quest.* 1226.)]

» Nous pourrions multiplier les exemples analogues; mais entrons dans la matière même du débat actuel.

» Dans *les questions d'état*, le serment peut-il être déféré? Le doute tout au moins est permis. Assurément le juge en pareille matière ne pourrait déférer le serment supplétif pour compléter sa conviction; car ici la loi veut, et devait vouloir des preuves plus positives. « On » ne peut douter, dit Toullier, t. 10, p. 534, » que, dans les causes d'état, de mariage, etc., » le serment supplétif des parties ne doit pas » être admis. » Et il cite à l'appui de cette doctrine, un arrêt du conseil d'État du ci-devant royaume de Westphalie du 14 février 1812. S'il en est ainsi du serment supplétif, qui cependant ne se défère qu'autant que la demande n'est pas totalement dénuée de preuves (1366), ne doit-on pas décider de même, à plus forte raison, quant au serment décisoire, offert en l'absence de toute preuve quelconque? Et comment admettre, dans des causes de cette gravité, intéressant essentiellement la société elle-même, une délation de serment qui serait une véritable transaction (*jusjurandum speciem transactionis continet*, L. 2, ff. *de jurejur.*)? L'état civil des citoyens ne doit pas dépendre du caprice de l'individu auquel il plaira de le compromettre ainsi, et de la déclaration, sincère ou non, de la personne interpellée. Dès qu'il y a contestation judiciaire sur l'état civil d'une personne, il faut le contrôle du ministère public et de la justice, lequel serait rendu inefficace par un serment dont dépendrait le jugement du procès, sans que le juge pût même en apprécier la sincérité.

Dalloz, p. 272, n° 10, dit : « En général il » est permis de transiger, et par conséquent de » déférer le serment sur une question d'état. » Mais voyons dans quels cas.

« En matière d'*interdiction*, le serment décisoire, sans aucun doute, ne pourrait être déféré sur le fait prétendu de la démence, ou de la fureur, même dans un intervalle lucide. Il faut ici des preuves d'une tout autre nature. Pourrait-il l'être sur la prodigalité de l'individu qu'on voudrait pourvoir d'un conseil judiciaire? Pas davantage; ainsi jugé par arrêt du parlement de Flandre du 21 nov. 1775 (Merlin, *Rép.*, v° *Compellation*, n° 4).

» En matière de *séparation de corps*, le serment ne pourrait également être déféré sur la réalité des sévices, injures, excès, ou autres faits établissant la demande; parce que ce serait un moyen d'arriver à une séparation volontaire, qui n'est pas permise.

» Sur *l'existence d'un mariage*, la délation du serment décisoire ne saurait être admise, du moins de la part de l'un des époux prétendus vis-à-vis de l'autre. Ce serait créer ou détruire, par un aveu plus ou moins suspect, des droits ou devoirs respectifs qui, d'après la loi, ne peuvent s'établir que suivant certaines solennités, ou se dissoudre que par certains modes. Si un arrêt (*Jurisp.*, *loc. cit.*, note 2) a déféré le serment à une veuve sur le fait de son convol devant opérer extinction d'une rente, c'est qu'il ne s'agissait là que d'un débat purement pécuniaire, qui ne constituait pas une contestation d'état proprement dite.

» La *filiation* peut-elle s'établir par le serment? Toullier, t. 10, n° 378, admet qu'un enfant légitime dont l'état aurait été supprimé, « peut déférer le serment à celle qu'il réclame » pour mère, sur le point de savoir s'il n'est pas » vrai qu'elle mit au monde un enfant de tel » sexe, à l'époque indiquée. » Voilà l'espèce unique sur laquelle, en matière de questions d'état, un seul auteur a supposé permise la délation du serment; et cette opinion n'est certes pas à l'abri de toute critique. Ne voit-on pas le danger de laisser compromettre de la sorte sur des droits de cette nature, en présence de la justice et du ministère public, sans contrôle possible de leur part?... Quoi qu'il en soit, au reste, de cette question, dont l'examen exigerait une longue discussion, Toullier lui-même professe une tout autre doctrine, quant à la maternité naturelle : « Mais, ajoute-t-il aussitôt, L'ENFANT NATUREL NE POURRAIT PAS DÉFÉRER UN PAREIL SERMENT A CELLE QU'IL » RÉCLAMERAIT POUR MÈRE... (*voy.* ce que » nous avons dit, t. 2, n°s 944 et suivants), CE » SERAIT LUI DÉFÉRER LE SERMENT SUR SON » PROPRE DÉSHONNEUR, *ce qui n'est pas per-* » *mis dans nos mœurs.* »

« Cette dernière opinion de Toullier est conforme à tous les principes de droit et de morale qui doivent décider la question actuelle.

» Les plus célèbres commentateurs de l'ancienne loi ont tous proclamé que le serment ne pouvait être déféré sur un fait qui serait *déshonorant* pour la personne ainsi interpellée. Le motif de cette exception est sensible.

» Si dans les matières ordinaires la loi permet la délation du serment, c'est qu'alors l'intérêt pécuniaire de la personne interpellée est seul en opposition avec sa conscience; or, la loi ne devait pas présumer que la conscience succomberait nécessairement devant un sordide intérêt. Mais placer un individu entre le déshonneur et le mensonge...., l'obliger à choisir entre l'aveu d'une turpitude et le parjure...., ce serait le comble de l'immoralité. En pareil cas, la délation du serment, cet appel à la conscience, n'est plus moralement possible. Ainsi l'ont pensé les meilleurs interprètes du droit sur cette matière délicate. (*Voy.* Mascardus, *de Probat.*, *concl.* 1183, n°s 59 et suiv.; Rebuffe, *de Respons.*, t. 3, art. 51, glose 1, n° 4; Voet, liv. XI, tit. Ier, n° 5, etc., etc.) Si l'on consulte ces auteurs, partout on trouvera rappelé ce principe de droit fondé sur la

morale : *Positio criminosa non est admittenda nec ei respondendum est, cum* NEMO COGITUR DETEGERE TURPITUDINEM SUAM ; et Mascardus ajoute : *Hanc communem esse sententiam testatur Franc. Curt.* Voet proclame le même principe, résumé en ces quelques mots dans le sommaire du n° 5 précité : *Rogatus respondere cogitur* NISI PROPRIUM PROFITERETUR CRIMEN. Le président Favre, dans son code, liv. IV, tit. IV, *définition* 43, cite un arrêt du sénat de Chambéry du 26 juin 1612, qui a jugé : *Non cogendum quemquam jurare super positione turpi vel famosâ, putà quod usuras centesimas aut alias majores omni jure prohibitas acceperit.*

» Domat, *Lois civiles,* part. 1, liv. III, sect. 6, n° 13, et Denizart, v° *Serment,* n° 3, disent également que si le serment peut être déféré sur toute contestation, ce n'est que » lorsque les faits et les circonstances peuvent » rendre *juste et honnête* l'usage du serment, » ce qui exclut toute interpellation déshonorante.

« C'est aussi dans ce sens qu'était généralement entendue la disposition de l'ord. de 1667, relative à l'interrogatoire sur faits et articles ; quoiqu'il pût être demandé en *toutes matières,* cependant, comme la formule du serment était usitée, il était repoussé quand il devait porter sur des faits honteux, *ob metum perjurii*, suivant l'expression de Voet. Bornier, dans ses notes sur cette disposition de l'ordonnance, dit positivement, comme Rodier et Serpillon : « *Si les faits sont calomnieux ou » captieux et préjudiciables, ou qu'ils con» cernent le dol et la conscience des parties, » qu'ils aillent à découvrir leur turpitude, » alors elles ne seront pas tenues de répon» dre*, et la partie peut en demander la réjec» tion. »

» Merlin, *Rép.*, v° *Compellation,* n° 4, dit sur le serment : « *On tient assez généralement » que nul ne peut être contraint de répondre » ainsi sur des faits qui tendent à découvrir » sa propre turpitude.* Le parlement de Flan» dre l'a même ainsi jugé par divers arrêts ren» dus en 1674, en 1691, et le 8 juin 1698. »

« Enfin au mot *Interrogatoire sur faits et articles,* § 5, Merlin rapporte un arrêt du parlement de Normandie du 12 mars 1778, qui a rejeté par les motifs que donne Bornier l'interrogatoire demandé contre une veuve par les héritiers du mari, pour établir par son aveu la preuve des déprédations qu'ils lui imputaient. Merlin, il est vrai, combat cette jurisprudence, et va même jusqu'à dire que tout fait criminel dont la réparation est demandée au civil, peut motiver soit le serment décisoire, soit l'interrogatoire sur faits et articles. Mais sur quoi se fonde-t-il ? Sur quelques fragments de lois romaines, contredits par ceux qu'on retrouve dans les auteurs précités, lesquels d'ailleurs ne peuvent recevoir aucune application dans l'état actuel soit de nos mœurs, soit de notre législation civile ou criminelle ; puis principalement sur deux arrêts de Liége et de Bruxelles, qui auraient jugé que le serment peut être déféré par le débiteur à son créancier pour établir que la dette est *usuraire*. Mais quelle influence ce cas spécial peut-il avoir sur le principe général dont il s'agit ici ? Une stipulation d'intérêts excessifs non-seulement ne constitue pas un délit, mais même n'est pas précisément un fait déshonorant, en ce sens que le taux de l'intérêt n'est réglé que par une loi civile, variable, dont l'infraction ne peut donner lieu qu'à une restitution ou réparation civile ; et d'ailleurs, comme le dit l'arrêt de Liége, il importe, avant tout, de repousser tout système qui favoriserait l'usure. Ainsi reste établi, malgré les doutes de Merlin, le principe qu'un fait auquel les lois de la morale attachent le déshonneur ne peut point donner lieu au serment décisoire. Ce serait obliger la personne interpellée à confesser publiquement sa turpitude, ou plutôt à se parjurer pour échapper à une pareille honte, ce qui serait encore plus immoral que le fait lui-même. »]

1226. *La disposition de l'art.* 324 *qui veut que l'interrogatoire puisse être ordonné en* TOUTE MATIÈRE, *n'admet-elle aucune exception?* [Quid *des matières où la preuve testimoniale n'est pas admise?* Quid *de la procédure en séparation de corps?*]

Puisque la loi permet de faire interroger sur tout ce qui peut faire la matière d'un procès, cette faculté a lieu dans les affaires sommaires comme dans les affaires ordinaires, dans les affaires *qui s'instruisent par écrit* comme dans les affaives d'audience. (*V.* Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 355, et les *Quest.* de Lepage, p. 213 et 214.)

[Cette opinion est, avec raison, partagée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 581 ; Favard, t. 3, p. 113, n° 2 ; Dalloz, t. 18, p. 165, n° 6, et Thomine, n° 375.]

Ainsi, dit Berriat, p. 312, on n'admet aucune exception, pas même en faveur de la partie qui produit un acte public : telle est la doctrine des auteurs (1).

(1) Ainsi la cour de Turin, par arrêt du 4 août 1806 (Dalloz, t. 2, p. 269 ; Sirey, t. 6, p. 637), a décidé que l'interrogatoire pouvait être ordonné pour détruire un compromis.

[Mais la même cour, le 12 sept. 1809, a jugé que la demande d'un interrogatoire n'autorise pas néanmoins à suspendre l'exécution de l'acte authentique. Cette décision est la conséquence des dispositions des articles 1319, C. civ., et 135, C. pr.]

Ainsi encore, la cour de Brux., par arrêt du 1er déc.

[C'est aussi la doctrine de Demiau, p. 255; *Prat.*, t. 2, p. 276, Pigeau, art. 1er, n° 4 de ce titre, Favard, t. 3, p. 113, n° 2, Dalloz, t. 18, p. 164, n° 3, et Thomine, n° 375; mais Pigeau et Dalloz, *loc. cit.*, restreignent, avec raison, la faculté de l'interrogatoire dirigé contre un acte public, aux faits qui ne seraient pas de nature à inculper la véracité des attestations faites par l'officier rédacteur, dans la limite de ses attributions. Ainsi l'inscription de faux serait nécessaire pour contester le fait de la numération réelle des espèces, rapporté dans un acte notarié comme ayant eu lieu au vu et su du notaire (*voy.* nos observations sur la *Quest.* 1225); mais l'interrogatoire suffirait pour établir que cette numération n'est qu'un jeu convenu entre les parties soi-disant contractantes, et que les espèces sont immédiatement rentrées dans les mains de celui qui les avait fournies. Dans la consultation que nous avons rapportée sous l'art. 119, *Quest.* 502 *bis*, Carré, tout en repoussant la voie de la comparution, admet lui-même l'interrogatoire. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 581, ajoute que l'interrogatoire peut être ordonné dans une matière intéressant l'ordre public, telle qu'une séparation de corps; mais avec cette remarque que l'aveu, en ces circonstances, ne peut, s'il est isolé, constituer une preuve complète contre l'interrogé. Ce motif fait croire à Thomine, n° 375, que l'interrogatoire ne doit être nullement admis dans ces sortes de causes. Nous nous rangeons à l'avis de ce dernier auteur, en l'étendant à toutes les questions d'état. (*V.* notre *Quest.* 1225.) La difficulté spéciale à la séparation de corps s'est présentée devant la cour de Paris, le 17 fév. 1827, et, malgré les efforts de l'habile avocat, Me Plougoum, elle n'a pas été résolue *in terminis*. Il semble résulter de l'arrêt que l'interrogatoire, en ce cas, n'est pas prohibé. (*Gaz. des Trib.*, 18 fév. 1827, n° 437.) Enfin, nous devons signaler une décision de la cour de Montpellier du 6 fév. 1810 (Sirey, t. 14, p. 351), d'après laquelle la partie qui a prêté, en première instance, un serment supplétif sur certains faits, peut, en cause d'appel, subir un interrogatoire sur les mêmes faits. Ce n'est qu'à l'égard du serment décisoire que l'art. 1363, C. civ., prohibe la preuve de fausseté.]

1227. ***Peut-on ordonner l'interrogatoire dans un tribunal de commerce?***

Les formalités prescrites par le présent titre pour l'interrogatoire ont fait croire qu'il ne pouvait avoir lieu dans les tribunaux de commerce, qu'il suffisait d'ailleurs, pour atteindre le même but, de recourir à la comparution personnelle autorisée par l'art. 428. Nous répondons que l'art. 119 autorise aussi la comparution dans les tribunaux civils d'arrondissement, et cependant la loi y admet en outre l'interrogatoire : il n'y a aucune raison à alléguer pour qu'il en soit autrement dans les tribunaux de commerce. Quant aux formalités, il résulte seulement de ce que le ministère d'avoué n'est pas admis dans ces tribunaux, et de ce que la procédure y est essentiellement sommaire, qu'elles doivent recevoir, dans leur application, les modifications qu'indiquent ces différences dans la forme de procéder. Aussi Pardessus n'a-t-il pas balancé à déclarer qu'une partie peut être interrogée sur faits et articles dans les tribunaux de commerce. Tel est aussi l'avis de Locré (*Esprit du C. de comm.*). Il se fonde,

---

1810 (Dalloz, t. 18, p. 166, et t. 27, p. 231; Sirey, t. 11, p. 282, et t. 12, p. 19), a décidé qu'il y avait lieu à accueillir une demande tendante à faire interroger une partie sur le fait qu'il y avait eu une transaction *verbale* sur l'objet de la contestation, nonobstant l'art. 2044, C. civ., qui exige que les transactions soient prouvées par écrit, et qui conséquemment en prohibe la preuve testimoniale.

[Cette dernière opinion est embrassée, avec raison, par Favard, t. 3, p. 113, n° 2, et Dalloz, t. 18, p. 164, n° 4. En effet, une interpellation à la bonne foi de la partie interrogée ne saurait avoir aucun des inconvénients qu'on serait fondé à reprocher au témoignage d'autrui. D'ailleurs l'aveu d'une partie et un témoignage ordinaire ont des effets biens différents : le juge est obligé de croire au premier; il n'est pas tenu d'ajouter foi au second. Aussi, ce système a-t-il été consacré par un arrêt de la cour de cass. du 18 mars 1818 (Dalloz, t. 10, p. 321, t. 18, p. 167, et t. 25, p. 487; Sirey, t. 18, p. 274), qui a déclaré admissible l'interrogatoire d'un légataire universel sur des faits qui tendaient à établir l'existence d'un fidéicommis tacite. La cour de Lyon, le 16 juill. 1827 (Sirey, t. 28, p. 54), a également admis l'interrogatoire, pour établir l'existence d'une convention verbale en matière de société. Les motifs du jugement, adoptés par la cour, sont très-remarquables.

Ces motifs admettent néanmoins quelques-unes des exceptions signalées dans le mémoire de Morin, et que nous avons nous-même adoptées (*Quest.* 1225).]

Enfin, la cour de Paris et celle de Rennes ont encore décidé que l'on peut admettre l'interrogatoire pour anéantir la foi d'un acte authentique, quoiqu'on opposât que l'on ne pouvait s'élever contre le contenu d'un pareil acte que par la voie de l'inscription de faux.

Néanmoins, la même cour de Rennes, par arrêt du 6 août 1812, 1re ch., a admis une exception, relativement à un bail verbal qui n'avait pas encore reçu d'exécution. En adoptant les motifs des premiers juges, elle a décidé que, nonobstant l'art. 324, la partie qui nierait le bail ne pouvait être soumise à l'interrogatoire sur faits et articles, mais seulement au serment, conformément à l'art. 1715, C. civ., auquel l'art. 324, C. pr., n'a point dérogé.

Ces décisions nous semblent difficiles à concilier; et nous estimons que la dernière ne peut être suivie, attendu que la loi, en admettant l'interrogatoire en toutes matières sans distinction, a suffisamment annoncé qu'elle entendait que l'aveu qui peut en résulter suppléât à tous les autres genres de preuve qu'elle eût interdits.

[*V.* nos observations à la suite de la *Quest.* 1226. Nous n'allons pas aussi loin que Carré, en ce qui concerne la foi due aux actes authentiques.]

avec raison, sur ce que l'art. 324 admet l'interrogatoire en *toutes matières*, et par conséquent dans les affaires commerciales.

[Cette opinion, que nous approuvons, est aussi celle de Dalloz, t. 18, p. 169, n° 1, et de Thomine, t. 1, p. 529. (*V.* Rouen, 18 mars 1828 (Sirey, t. 28, 2e, p. 174); Nîmes, 4 mai 1829 (Sirey, t. 30, p. 388).]

1228. ***Pourrait-on demander l'interrogatoire, dans une matière sur laquelle il n'y aurait pas d'instance?***

Non, sans doute; il faut toujours qu'il y ait une instance engagée. (*V.* Jousse et Rodier, sur l'art. 1er du tit. X de l'ord.) Cela résulte d'ailleurs, dit Berriat, *h. t.*, n° 8, des termes *les parties*, dont se sert l'art. 324 : or, dans le langage de la procédure, il n'y a point de parties sans instance (1).

En effet, le mot *instance* exprime aujourd'hui le procès engagé par un exploit de demande devant le tribunal qui doit juger cette demande en définitive; il ne désigne plus, comme autrefois, et surtout en Bretagne, le procès lié par la contestation en cause, c'est-à-dire par le premier préparatoire rendu sur les conclusions des parties.

C'est pourquoi la question, controversée sous l'empire de l'ordonnance, et qui était celle de savoir si l'interrogatoire pouvait être demandé avant la contestation en cause, ne saurait se reproduire sous l'empire de notre Code actuel. (*V.* la *Quest.* 1231.)

[Nous ne croyons pas qu'on puisse élever le moindre doute sur cette solution.]

1229. ***Peut-on demander l'interrogatoire en cause d'appel, quand la demande n'en a pas été formée en première instance?***

On a dit, pour la négative, que les juges d'appel ne sont pas juges d'instruction, que leur mission est bornée à l'examen du bien et du mal jugé du premier tribunal; que, pour apprécier un jugement, il faut le prendre dans l'état où il a été rendu; qu'autrement, l'appel produirait une instance nouvelle plutôt qu'une cause d'appel.

On répond, avec raison, par cet axiome si souvent invoqué au barreau : *In appellationibus non deducta deduci, non probata probari possunt*, axiome consacré par la disposition de l'article 464 de notre Code, qui, en défendant de former sur l'appel aucune nouvelle demande, autorise celles qui servent de défense à l'action principale, et, par conséquent, tout interlocutoire qui tend à donner une instruction plus ample que celle qui aurait eu lieu devant les premiers juges, et, en un mot, à réparer les omissions faites, sous ce rapport, en première instance (2).

[Favard, t. 3, p. 114, n° 5; Dalloz, t. 18, p. 169, n° 2, et Thomine, n° 375, partagent, avec raison, cet avis.]

1230. ***Si une partie a requis l'interrogatoire en première instance, et que son adversaire ne l'ait pas subi, celui-ci serait-il recevable à se faire interroger en cause d'appel?***

On pourrait, pour la négative, argumenter de la disposition de l'art. 331, qui n'admet la partie qui a fait défaut à subir interrogatoire, qu'autant qu'elle se présente avant le jugement.

Or, dirait-on dans l'espèce actuelle, le jugement a été rendu : la partie qui devait être interrogée a donc, par une juste induction de l'article précité, perdu le droit de prêter l'interrogatoire qui lui était prescrit. (*V.* Demiau, p. 241.)

Mais la raison de décider autrement, c'est que, par l'effet de l'appel, la contestation est remise dans le même état où elle était avant le jugement de première instance, puisqu'il s'agit de savoir si ce jugement sera confirmé ou infirmé. D'ailleurs, comme le dit Duparc-Poullain, t. 9, p. 458, n° 9, et comme nous l'avons dit aussi sur la question précédente, on peut, en cause d'appel, réparer toutes les omissions faites lors des premières instructions. La partie qui, ayant fait défaut au procès-verbal d'interrogatoire, ou qui, ayant refusé de répondre, offrirait en cause d'appel de subir l'interrogatoire, ne ferait pas autre chose que développer des moyens de défense ou en fournir de nouveaux : elle est donc recevable dans cette offre, dont l'effet sera de faire cesser toutes les présomptions de vérité des faits que les premiers juges auraient tirées de son silence (3).

[On peut voir l'arrêt que Carré cite en note à l'appui de son opinion. Mais on trouvera au même endroit, un arrêt de la cour de Montpellier du 24 nov. 1818 (Dalloz, t. 18, p. 175), qui décide implicitement le contraire. Il faut remarquer à ce sujet : 1° que

(1) Ainsi, par exemple, on ne pourrait, en bureau de paix, demander à interroger une partie sur faits et articles, parce que l'essai de conciliation n'est pas une instance, mais un préliminaire d'instance.

(2) Au surplus, la loi n'a point limité aux premières instances la faculté qu'elle donne aux parties de se faire interroger respectivement. Ses expressions sont générales, elles embrassent le procès dans toute l'étendue de sa durée, aussi longtemps qu'il existe : or, le jugement n'a pas éteint le procès; s'il a été suivi d'appel, l'interrogatoire peut donc avoir lieu. (*V.* Rodier, sur l'art. 1er du titre X de l'ord., et le procès-verbal, tit. XVI, art. 4; Dufour, dans ses *Confér.*, t. 1, p. 196, les *Quest.* de Lepage, p. 214.)

(3) C'est aussi ce qui a été décidé par un arrêt de la cour de cass. du 13 niv. an x. (Sirey, t. 7, p. 1073; Dalloz, t. 18, p. 175. — V. *Rép.*, v° *Interrog.*, n° 4, et Berriat, p. 312.)

l'arrêt de cass. a été rendu sous l'empire de l'ord. de 1667, et celui de Montpellier, depuis la promulgation du Code de procédure; 2° que la cour de Montpellier, tout en confirmant au fond le jugement qui, à défaut de comparution de la partie, avait tenu les faits pour constants, ne paraît pas toutefois s'être déterminée par la même considération, et que si elle a, en définitive, condamné la partie qui avait négligé de se présenter en première instance pour subir interrogatoire, les motifs de cette condamnation, pris dans des raisons de droit civil et dans les faits résultant des débats de l'audience, n'auraient pas sans doute été changés par l'interrogatoire s'il avait eu lieu. Ainsi, il serait possible que, dans d'autres circonstances, la même cour eût rendu une décision différente, et qu'elle eût hésité à tenir des faits purement et simplement pour avérés, sur le motif que la partie n'aurait pas comparu devant le premier juge pour se faire interroger, et quoiqu'elle offrît sur l'appel de réparer cette omission. Nous ne pensons pas en effet qu'il y ait de raison plausible pour juger à cet égard, sous notre Code, autrement qu'on ne le faisait sous l'ord. de 1667.

Lepage, p. 218, 7e *Quest.*, et Favard, t. 3, p. 116, n° 9, partagent cet avis.]

1231. ***L'interrogatoire peut-il être ordonné, en cause d'appel, avant que l'appelant ait signifié ses griefs, et que l'instruction de la cause ait commencé devant la cour d'appel?***

La solution de cette question dépend du sens qu'on doit donner aux mots *en tout état de cause*, employés dans l'art. 324. Suffit-il que l'instance soit introduite, et la cause mise au rôle, pour que les parties aient le droit d'user de la faculté accordée par cet article? On répond que, dans cet état de la procédure, l'interrogatoire serait absolument sans objet, puisqu'il doit porter sur des faits que les juges ne peuvent connaître qu'à la suite d'une discussion contradictoire sur les moyens respectifs des parties.

D'ailleurs, l'interrogatoire sur faits et articles n'est qu'un moyen supplétif, que le législateur fournit aux parties pour parvenir à la découverte de la vérité: il faut donc avoir tenté de la découvrir par les moyens ordinaires; il faut donc qu'une instruction préparatoire ait eu lieu, pour que les juges puissent admettre l'interrogatoire; et, par suite de conséquences, l'interrogatoire en cause d'appel ne peut être ordonné avant que l'appelant ait signifié ses griefs, et que l'instruction de la cause ait commencé.

Telle a été l'opinion que la cour de Brux. a consacrée par un arrêt du 22 juillet 1809 (Dalloz, t. 18, p. 171).

Mais nous remarquerons, sur cet arrêt, que les écrits de griefs ne sont point d'obligation rigoureuse, ainsi que nous le prouverons sur l'art. 462. Il en est d'eux, sous ce rapport, comme des écrits de défense (*voy.* art. 78 et 79): on peut poursuivre l'audience sans les avoir signifiés. De là, nous concluons que l'interrogatoire peut être demandé indépendamment de l'existence de ces écrits, puisque autrement ce serait les rendre *nécessaires* (1).

[C'est également l'opinion de Coffinières, *J. Av.*, t. 14, p. 717, et la nôtre. Toutefois, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 581, est d'avis, avec raison, que l'interrogatoire ne peut être demandé avant l'expiration des délais de l'assignation, soit que l'assigné ait ou non constitué avoué, et il cite un arrêt d'Orléans du 10 juillet 1812 (Sirey, t. 14, p. 101), rendu dans ce sens, sur une consultation qu'il avait délibérée.]

1232. ***Pourrait-on ordonner l'interrogatoire jusqu'au jugement définitif, et même au moment des plaidoiries?***

Ces mots, *en tout état de cause*, prouvent, dit Berriat, p. 312, qu'on a le droit de faire interroger *jusqu'au jugement;* mais l'article veut que ce soit *sans retard de l'instruction* ni du jugement. Or, ne serait-ce pas retarder le jugement, que d'ordonner un interrogatoire au moment où les avocats ou avoués des parties sont présents à l'audience pour y plaider la cause? Cependant la cour de Rennes, par arrêt du 12 avril 1809, n'en a pas moins ordonné un interrogatoire en semblable circonstance. Elle a considéré que les expressions de l'article s'entendaient en ce sens que la partie qui obtenait de faire interroger son adversaire devait y faire procéder sans abuser des délais, de manière à retarder le jugement.

Il serait possible que cette décision isolée ne fût pas admise généralement; on pourrait opposer que la partie qui, dès l'introduction de l'affaire, a pu faire usage de la faculté de re-

---

(1) Nous nous rapprocherions toutefois de la décision de la cour de Brux., en ce sens que nous pensons que le tribunal pourrait, sans y être obligé, surseoir à ordonner l'interrogatoire qui serait demandé avant l'expiration du délai pour fournir les premiers écrits de griefs ou de défenses, parce qu'il est possible que, dans ses écrits, la partie fasse des aveux qui dispenseraient de la voie dispendieuse des interrogatoires. (*V.* Serpillon, sur l'art. 1er du tit. X de l'ord.) Mais, nous le répétons, la loi n'attachant plus aucun effet à ce qu'on appelait autrefois la contestation en cause, nous ne croyons pas que le juge soit tenu de refuser un interrogatoire qui serait demandé avant le délai donné pour la signification des écrits dont nous venons de parler, encore moins d'exiger que cette signification ait été faite. (*V.* Rodier, sur l'art. 1er du tit. X de l'ord., et le *Prat.*, t. 2, p. 279; Demiau, p. 236.)

[Ces observations nous paraissent justes.]

quérir l'interrogatoire, doit avoir à s'imputer la faute de ne l'avoir pas fait en temps utile (1).

[C'est d'après cette considération parfaitement juste qu'ont été rendus les arrêts cités par Carré, à la note, et ceux des cours de Caen, 13 juin 1825, Bourges, 23 nov. 1830 (Sirey, t. 31, p. 156), Poitiers, 29 nov. 1831, Liége, 15 juill. 1835 (Sirey, t. 36, p. 61), et cass., 13 janv. 1836, qui tous ont jugé que l'interrogatoire pouvait être refusé s'il était demandé tardivement.

Pigeau, art. 2 de ce titre, dit bien que cette demande peut avoir lieu jusqu'au jugement de la cause, ce qui est une interprétation large de ces mots de l'art. 324, *en tout état de cause*. Mais c'est toujours sans préjudice du droit qu'ont les tribunaux de s'y refuser, lorsqu'ils pensent que cette procédure retarderait inutilement le jugement de la cause.]

1233. ***Mais pourrait-on ordonner l'interrogatoire après un jugement de partage.***

On disait, pour l'affirmative, devant la cour de Rennes, qu'un jugement de partage n'est point une décision définitive; qu'il constitue conséquemment une période de la cause dont une partie peut profiter, si, avant son expiration, elle trouve un temps suffisant pour faire interroger son adversaire; que si la question à juger est difficile, ainsi que semble l'indiquer le partage des juges, l'interrogatoire offrait un moyen d'écarter les difficultés, en faisant sortir de la bouche même de la partie une condamnation dont les éléments ne se trouvaient point dans les pièces du procès, mais seulement dans les replis de la conscience de l'adversaire.

On répondait que l'instruction de la cause est terminée lors du jugement ou de l'arrêt qui a déclaré le partage; qu'ainsi, il ne doit plus être permis aux parties de changer l'état de la contestation, en commençant une instruction nouvelle.

Ces moyens ont prévalu, et par arrêt du 11 avril 1809 (Sirey, t. 12, p. 311), la cour de Rouen a rejeté la demande en interrogatoire, attendu que la cause doit se présenter devant les juges appelés pour vider le partage, dans le même état où elle était lors du jugement qui l'a déclaré.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 281 et 282, Berriat, *h. t.*, note 7, Thomine, n° 375, approuvent cette décision. Toutefois Favard, t. 3, p. 114, pense, avec raison selon nous, qu'en supposant cet arrêt juste dans les circonstances où il a été rendu, il serait difficile de le considérer comme reposant sur une règle générale. L'admission de l'interrogatoire est nécessairement subordonnée aux circonstances, à quelque période de la cause qu'il soit demandé.]

1234. ***Le délai prescrit par un jugement pour faire procéder à un interrogatoire est-il fatal?***

L'art. 324 n'a pas prescrit de terme fatal dans lequel l'interrogatoire doive avoir lieu, et s'il dit qu'il sera ordonné sans retard de l'instruction ni du jugement, ce n'est, comme nous l'avons dit sur la 1232° *Quest.*, qu'afin d'empêcher que la mauvaise foi ne s'en fasse un moyen pour entraver la marche de la procédure et retarder la condamnation.

Mais on ne pourrait inférer de cette restriction que celui qui a obtenu de faire interroger sa partie adverse fût tenu de le faire dans un délai que le tribunal aurait prescrit, tellement qu'en cas de défaut il ne pût être relevé. Le contraire résulte même de l'art. 331, qui porte que celui qui a fait défaut sur l'assignation sera interrogé, s'il se présente avant le jugement, en payant les frais encourus pour son défaut.

On ne voit en effet aucune raison de refuser le même avantage à celui qui a obtenu de faire interroger sa partie adverse, d'autant plus que cette faculté est ici en sa faveur, et qu'il peut arriver qu'il lui ait été impossible de faire procéder à l'interrogatoire dans le temps prescrit.

Il suit de là, ainsi que l'a jugé la cour de Brux., le 11 février 1809 (Sirey, t. 14, p. 41), qu'un tribunal ne peut déclarer forclose de la faculté de faire procéder à un interrogatoire la partie qui ne l'a pas fait dans le terme fixé, et que la seule peine qu'il serait en droit de lui infliger pour son retard serait de la condamner aux dépens que ce retard aurait occasionnés.

[Cette décision est approuvée, avec raison, par Favard, t. 3, p. 116, n° 9.]

---

(1) Mais cette question n'est pas d'une grande importance; car, en disposant que l'interrogatoire sera fait sans retard de l'instruction ni du jugement, la loi nous paraît plutôt donner un conseil aux juges, qu'énoncer une règle prohibitive de laquelle ils ne pourraient s'écarter lorsque l'équité et les circonstances l'exigeraient. Tout ce que prétend le législateur, dit Demiau, p. 236, consiste en ce que la faculté des interrogatoires ne puisse jamais être une arme dont la chicane puisse abuser; à cela près, il dépend du juge de céder à quelques considérations de circonstances, parce qu'on ne peut jamais lui faire un reproche d'avoir ordonné l'interrogatoire afin de prononcer avec une plus grande connaissance de cause.

Sous ce rapport, l'arrêt de la cour de Rennes peut n'être pas sujet à la critique.

Au reste, la même cour, 2° ch., avait jugé, par arrêt du 21 déc. 1812, que l'interrogatoire ne peut être demandé lorsque les plaidoiries sont terminées, et qu'il a été rendu jugement préparatoire qui ordonne un délibéré et fixe le jour auquel le jugement définitif sera prononcé; et la cour de cassation, par arrêt du 30 déc. 1813 (Sirey, t. 15, p. 160), a confirmé cette décision.

Nota. On voit que ces deux arrêts viennent à l'appui des observations qui précèdent.

On remarquera sans doute que cette décision n'aurait pas lieu si le tribunal avait fixé le délai *sous peine de déchéance*.

[A moins qu'il ne crût convenable d'accorder une prorogation, ce qui peut avoir lieu même en matière d'enquête où les délais sont plus rigoureux.]

1235. *La même partie peut-elle demander, dans le même procès, plus d'un interrogatoire?*

De ce que l'art. 1er du tit. X de l'ord. permettait aux parties, comme le fait l'art. 324 du Code, de se faire interroger *en tout état de cause,* c'est-à-dire pendant tout le cours de l'instruction, les commentateurs concluaient que la même partie pouvait demander un second interrogatoire, mais sous la condition qu'il fût relatif à d'autres faits, ou du moins à des faits explicatifs de ceux qui avaient été l'objet du premier. (*V.* Rodier sur cet article, et Duparc-Poullain, t. 9, p. 455.)

Nous ne saurions trouver aucune raison de décider autrement sous l'empire du Code, et telle est aussi l'opinion qu'émettent les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 279, et Demiau, p. 245.

[Ainsi que Favard, t. 3, p. 115, n° 5, Merlin, *Rép.*, v° *Interrog.*, § 16, et Dalloz, t. 18, p. 171, n° 18, dont nous partageons le sentiment sur ce point.]

1236. *Un interrogatoire sur faits et articles, demandé par l'une des parties et subi par l'autre, est-il un obstacle à l'admission de la preuve testimoniale?*

Cette question a été décidée pour la négative par deux arrêts de la cour de cass., l'un du 6 frim. an XIII (Dalloz, t. 18, p. 177; Sirey, t. 5, p. 680; *Pasicrisie* à cette date), l'autre du 9 fév. 1808 (Sirey, t. 8, p. 215); et ces décisions sont d'autant plus remarquables que l'interrogatoire avait été subi sous la foi du serment. Cette circonstance n'a pas empêché d'admettre la preuve par témoins, parce qu'on a considéré que l'on ne pouvait appliquer à un tel serment les règles du Code civil relatives au serment judiciaire (1).

[C'est, avec raison, l'opinion du *Prat.*, t. 2, p. 280, de Favard, t. 3, p. 115, n° 5 *bis*, et de Dalloz, t. 18, p. 171, n° 17. Nous ajouterons que le plus souvent l'interrogatoire sur faits et articles est demandé pour qu'on puisse s'en servir comme d'un commencement de preuve par écrit. (*V.* la *Quest.* 1262.)]

ART. 325. L'interrogatoire ne pourra être ordonné que *sur requête* (2) contenant les faits, et par jugement rendu à l'audience : il y sera procédé, soit devant le président, soit devant un juge par lui commis.

Tarif, 70 et 79. — [Tar. rais., n°s 244 et 245.] — Ord. de 1667, tit. X, art. 1er. — [Devilleneuve, v° *Interrogatoire,* n°s 16 à 22. — Locré, t. 9, p. 157, 234, 298.] — (*Voy.* FORMULES 284 et 285.)

CCLXXI. On remarquera, sur cet article, que la comparution des parties en personne peut, ainsi que la plupart des moyens d'instruction que nous avons traités jusqu'ici, être ordonnée *d'office*, et qu'il en est autrement de l'interrogatoire (3).

[Pigeau, art. 5 de ce titre, et *Comm.*, t. 1, p. 584, Favard, t. 3, p. 115, *Prat.*, t. 2, p. 278, Dalloz, t. 18, p. 164, n° 1, et Boncenne, n° 385, pensent aussi qu'à la différence des autres voies d'instruction, celle-ci ne peut être ordonnée d'office; la raison en est qu'elle ne se fonde que sur l'existence de faits particuliers non révélés par les débats, que la partie seule connaît et à l'utilité desquels elle est censée renoncer si elle ne demande pas elle-même l'interrogatoire.]

1237. *Comment doivent être présentés les faits, dans la requête à fin d'interrogatoire?*

Ils doivent être exposés de manière que le tribunal soit en lieu de connaître s'ils sont pertinents, et de juger avec connaissance de cause si l'interrogatoire doit être ordonné.

[En effet, il est de principe qu'aux juges appartient l'appréciation souveraine des faits articulés. Ils peuvent, suivant les circonstances,

(1) Nous prouverons, dans nos questions sur l'art. 333, que l'interrogatoire ne peut être précédé du serment de la partie qui le subit. L'on doit donc, à plus forte raison, décider que l'interrogatoire ne fait obstacle à l'admission d'aucune preuve autorisée par la loi, et qu'il ne doit être considéré que comme une voie d'instruction qui, suivant les expressions de Rodier, vient, au contraire, au secours des preuves qui ne sont pas concluantes. (*V.* Rodier, *ubi suprà*, et *Prat.*, t. 2, p. 280.)

(2) Mais en matière sommaire et commerciale, l'interrogatoire est demandé à l'audience, et non par requête. (Locré, t. 1, p. 545.)

[En matière ordinaire, le tribunal est suffisamment autorisé à refuser un interrogatoire sur faits et articles, par cela seul que la demande n'a pas été formée par requête contenant les faits. (Rennes, 26 déc. 1811; Dalloz, t. 18, p. 172.)

(3) Par une juste conséquence, le tribunal ne pourrait, en accordant la permission d'interroger, ajouter de nouveaux faits à ceux qui auraient été présentés dans la requête : il semble donc qu'il ne pourrait recevoir des parties les renseignements qu'il jugerait utiles, qu'en ordonnant la comparution personnelle, aux termes de l'art. 119. Mais, sans recourir à ce moyen, il peut les obtenir indirectement, au moyen de la faculté que l'art. 333 donne au juge-commissaire d'interroger d'office sur des faits qui n'auraient pas été compris dans le jugement.

[Cette observation est pleine de justesse. (*V.* l'arrêt de Nîmes du 15 oct. 1827, cité sous la *quest.* 1257, *in fine*.)]

et d'après ce qu'ils trouvent convenable, accueillir ou rejeter la demande, soit que les faits ne leur paraissent pas pertinents, soit que l'utilité de l'interrogatoire ne leur soit pas démontrée, et qu'ils trouvent dans l'état de la cause assez d'éléments de décision : ils jouissent à cet égard de la même latitude que pour toutes les autres voies d'instruction. C'est ainsi que l'ont jugé la cour de cass., les 21 janv. 1815 et 12 déc. 1827 (Sirey, t. 28, p. 172), et la cour de Rennes, le 28 janv. 1810. Thomine, en adoptant cette opinion, nos 376 et 531, exprime le désir que les tribunaux n'usent cependant qu'avec réserve du droit qu'ils ont de rejeter la demande en interrogatoire, parce qu'ils ne doivent pas se montrer dédaigneux des moyens de s'éclairer qui leur sont offerts. Cela est juste; mais leur décision n'en sera pas moins, en toute circonstance, à l'abri de la censure de la cour de cassation, comme celle-ci l'a décidé le 30 avril 1807 (Dalloz, t. 18, 21, p. 212; Sirey, t. 7, p. 401, t. 2, p. 880, 149 et 799), le 2 mai 1820 (Dalloz, t. 18, p. 156), et le 5 déc. 1832. C'est aussi l'opinion de Merlin, *Rép.*, vo *Chose jugée*, § 15; et nous l'avons émise nous-même dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 317, no 6. La cour de Nîmes a jugé, le 4 mai 1829 (Sirey, t. 30, p. 308), en se rapprochant de la pensée de Thomine, que les juges ne peuvent pas rejeter une demande en interrogatoire avant de s'être occupés si les faits étaient pertinents, et par le seul motif qu'une comparution des parties doit être préférée. Déjà, le 15 oct. 1827, la même cour avait annulé un jugement qui, sans se prononcer sur la pertinence des faits énoncés en la requête, avait pris sur lui de les rejeter et d'y en substituer d'autres de son chef. Cette décision est en harmonie avec le principe émis plus haut, Comm., CCLXXI, d'après lequel les juges ne peuvent pas ordonner un interrogatoire d'office.]

1238. ***Peut-on ordonner l'interrogatoire sur des faits dont l'aveu tournerait à la honte de l'interrogé?***

Dans l'ancienne jurisprudence, on tenait assez généralement pour la négative de cette question, ainsi résolue par un arrêt du parlement de Rouen du 12 mars 1778; mais Merlin prouve sans réplique, à notre avis, que cette doctrine n'est fondée ni sur la raison ni sur la loi. (*Rép.*, vo *Interrogatoire*.)

[*Voir* nos observations sur la *Quest.* 1225.]

1239. ***La partie dont l'interrogatoire est demandé doit-elle être assignée pour être présente et plaider à l'audience où le tribunal devra prononcer sur cette demande?***

Cette question est formellement résolue pour la négative par l'art. 79 du Tarif, portant que la requête pour avoir permission de faire interroger ne sera point signifiée, ni la partie appelée, avant le jugement qui admettra ou rejettera la demande en interrogatoire, mais qu'elle ne sera notifiée qu'avec le jugement et l'ordonnance du juge pour le faire subir (1).

[Cette opinion, partagée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 583, Favard, t. 3, p. 115, no 7, Dalloz, t. 18, p. 176, et Thomine, no 376, et consacrée par un arrêt de la cour de Turin du 1er mai 1810, et par un autre de la cour de Brux. du 25 nov. 1829 (J. de B., 1830, 1re, p. 87), est aussi la nôtre. Thomine excepte le cas où l'on voudrait faire interroger un mandataire sur des faits de gestion dont la partie en cause serait responsable. Il pense qu'alors

---

(1) En conséquence, la requête est remise au président, qui en fait lui-même rapport, s'il n'a pas commis un juge à cet effet; et c'est à la suite de ce rapport, *qui*, selon nous, *doit se faire à la chambre du conseil*, que le jugement est rendu à l'audience.

[Favard, t. 3, p. 115, no 7, indique, avec raison, la même procédure. Demiau, p. 237, pense que la requête doit être lue à l'audience par le greffier, et que c'est ensuite de cette lecture que le tribunal rend son jugement. Les considérations développées dans les deux alinéa suivants nous paraissent combattre suffisamment cette doctrine.]

Nous disons que le rapport doit se faire à la chambre du conseil, et c'est, à notre connaissance, l'usage de plusieurs tribunaux, usage fondé sur ce que la partie dont l'interrogatoire serait demandé pourrait être présente à l'audience publique, et acquérir dès lors une connaissance des faits qu'elle ne doit avoir, d'après l'art. 329, qu'à une époque plus rapprochée de celle où elle doit subir cet interrogatoire; mais le jugement est rendu en audience, parce que l'art. 325 le porte expressément.

Nous disons plus, mais en avertissant que plusieurs des formules données par les auteurs (*V.* entre autres Pigeau, t. 1, p. 181, no 288) supposent le contraire, nous disons que le jugement ne doit point détailler les faits qui seront l'objet de l'interrogatoire : le tribunal se borne à permettre que la partie sera interrogée sur les faits contenus en la requête, lesquels il déclare pertinents; il ne détaille que ceux qu'il rejetterait comme ne lui ayant pas paru tels. C'est une suite des motifs ci-dessus énoncés, et cette opinion nous paraît en outre fondée sur ce que l'art. 333 porte que la partie répondra *aux faits contenus dans la requête*. (*V.* les questions traitées sur cet article.)

D'après la formule de jugement insérée au *Prat.*, t. 2, p. 300, les auteurs de cet ouvrage nous semblent partager cette opinion, que nous croyons la seule conforme à l'esprit de la loi, dont le but serait manqué si l'on donnait à la partie tant de facilités pour préparer des réponses mensongères.

[Ce système a été, avec raison, consacré par arrêt de la cour de Nîmes du 13 oct. 1827. Boncenne, no 386, l'adopte en son entier; mais il faut convenir avec regret que l'usage de plusieurs tribunaux y est contraire, au point qu'on fait lire publiquement la requête à l'audience, et que même quelquefois on écoute les observations du défendeur. (*V.* nos observations au texte.)]

la requête devrait être signifiée, et la pertinence jugée contradictoirement.

La cour de Toulouse a été plus loin : elle a jugé, le 5 mai 1829 (Sirey, t. 30, p. 184), que, même dans les cas ordinaires, le tribunal auquel une requête à fin d'interrogatoire est présentée peut renvoyer à l'audience pour apprécier la pertinence des faits, sur le motif qu'il ne connaît pas le procès.

Dans cet arrêt, la cour de Toulouse a créé une procédure qui détruit toute l'économie du titre de l'interrogatoire, et qui assimile cette instruction aux préliminaires de l'enquête, dont elle diffère essentiellement. L'interrogatoire doit avoir lieu sans retard de l'instruction ni du jugement. (Art. 324.)

La cour de Toulouse ordonne des plaidoiries sur la pertinence des faits, et, par conséquent, prescrit une instruction qui peut être fort longue sans avoir aucun résultat; aussi les cours de Turin et de Rennes ont-elles décidé que les tribunaux devaient déclarer pertinents tous les faits concernant la matière du procès. Et si la partie dont l'interrogatoire est demandé refuse de répondre à la question de pertinence, la cour reviendra-t-elle sur son premier arrêt, en ordonnant cet interrogatoire, ou tiendra-t-elle dès à présent les faits pour avérés? Ni l'un ni l'autre de ces partis ne nous semble rationnel ni légal, et cependant que fera donc la cour?

Le renvoi à l'audience n'aura pas suffi pour l'éclairer, et dans l'impuissance où la met une marche arbitraire et que nulle sanction pénale ne vient protéger, elle sera obligée d'ordonner l'interrogatoire ou de rejeter *purement et simplement* la demande, ainsi que lui en donne le droit l'art. 324, et ainsi qu'elle aurait dû le faire de suite.

Voici au reste comment Boncenne, n° 389, apprécie l'arrêt de la cour de Toulouse : « Cet arrêt ressemble à une abrogation de la loi. La loi dit que la requête ne sera point signifiée, *ni la partie appelée*, avant que l'interrogatoire ait été autorisé. L'arrêt dit que la partie sera appelée, et la requête communiquée, pour savoir si l'interrogatoire sera autorisé. La loi dit que la pertinence des faits sera examinée et jugée en la chambre du conseil. L'arrêt dit que les parties viendront à l'audience pour y débattre les faits. La loi dit que l'interrogatoire aura lieu sans retard de l'instruction ni du jugement. L'arrêt dit que l'on plaidera préalablement et extraordinairement, sauf à plaider encore après. La loi dit que les faits posés seront notifiés à la partie vingt-quatre heures avant l'interrogatoire qu'elle doit subir. L'arrêt dit que les faits seront livrés longtemps d'avance au plaideur qui résiste à l'interrogatoire, afin qu'il puisse les tourner, les retourner à loisir, provoquer des explications, pénétrer dans la pensée de son adversaire, et préparer ses réponses. La loi ne pouvait être plus crûment violée. »]

1240. *Résulte-t-il de la solution donnée sur la précédente question, que la partie dont l'interrogatoire est requis ne puisse prendre la parole, pour soutenir que la permission de l'interroger ne doit pas être accordée?*

Nous répondons affirmativement sur cette question, en nous fondant sur l'art. 79 du Tarif précédemment cité. Il nous paraît défendre implicitement à cette partie d'opposer aucun moyen contre la demande, et décider que le législateur a entendu s'en rapporter à la prudence du tribunal, sur son admission ou son rejet. Si, d'ailleurs, il existait quelques doutes à ce sujet, ils seraient levés par l'explication que le tribun Perrin donne de l'art. 325, dans son rapport. (*V.* Brux., 23 fév. 1809; Dalloz, t. 18, p. 173; Sirey, t. 14, p. 436.)

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 583 et 585, émet l'avis contraire, sur le motif pris de ce que cette manière de procéder éviterait les longueurs d'une opposition. Ce motif suppose la solution affirmative de la question suivante; mais on verra que nous adoptons, avec Carré, le sentiment opposé. (*V.* la question qui précède.)]

1241. *Le jugement dont il s'agit est-il sujet soit à l'opposition, soit à l'appel?*

Cette question a été principalement examinée par Demiau, qui la résout affirmativement, p. 239.

Les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, émettent la même opinion, qui, enfin, a été formellement consacrée : 1° par arrêt de la cour de Brux. du 1er déc. 1810 (Sirey, t. 12, p. 19) : il décide que le jugement qui déclare les faits pertinents est sujet à l'appel avant le jugement définitif; 2° par arrêt de la cour de Paris, du 28 mai 1808 (Sirey, t. 14, p. 339), motivé sur ce que tous jugements sur requête sont susceptibles d'opposition, et tous jugements de première instance sujets à l'appel; 3° par arrêt de la cour d'Orléans du 22 mars 1810, portant que le jugement qui permet l'interrogatoire étant rendu hors de la présence de la partie, celle-ci a le droit d'y former opposition (1).

(1) Toutes ces décisions sont fondées sur ce qu'aucun article du Code de procédure ne soustrait les jugements qui permettent un interrogatoire à la règle générale, d'après laquelle tout jugement obtenu contre une partie, en son absence, est sujet à l'opposition, ainsi que tout jugement contradictoire ou par défaut l'est à l'appel, quand la matière en est susceptible. Or, pour écarter l'application d'un principe général, il

Quelque respectables que soient ces autorités, nous estimons que le législateur n'a entendu autoriser, contre le jugement qui ordonne l'interrogatoire, ni la voie de l'opposition, ni celle de l'appel. Il nous semble que son intention serait trompée, si l'on pouvait, à l'aide d'une opposition ou d'un appel, plaider sur la pertinence des faits. Il a fait, dans le cas particulier qui nous occupe, une exception aux règles générales, exception que nous croyons fondée sur la nécessité de ne pas faire connaître trop tôt à la partie les faits sur lesquels elle pourrait être interrogée, et de l'empêcher ainsi de préparer ses réponses, de manière à prévenir les résultats que l'adversaire attendrait de son interrogatoire. Certes, si le législateur eût entendu autoriser la voie d'opposition, il l'eût dit, et n'eût pas fixé un délai très-court à l'expiration duquel on procède immédiatement à l'interrogatoire (*voy.* art. 329); et quant à l'appel, il serait contraire à la règle des deux degrés de juridiction, de soumettre aux juges supérieurs une question qui n'aurait pas été discutée en première instance. Au reste, nous prouverons, sur l'art. 330, que la partie peut refuser de répondre à un fait qu'elle soutient n'être pas pertinent. Il lui resterait à se pourvoir par appel, si le tribunal persiste à le juger comme tel en jugeant au fond : elle n'aura donc pas à craindre de souffrir grief en définitive du jugement qui aura permis l'interrogatoire.

[La jurisprudence continue à être fort indécise sur cette question. L'opposition a été expressément admise par les arrêts des cours de Paris, 28 mai 1808 (Sirey, t. 14, p. 339), de Grenoble, 27 fév. 1812 (Dalloz, t. 18, p. 173), de Lyon, 28 janv. 1824 (Sirey, t. 25, p. 49), de Paris, 5 mai 1825 (Sirey, t. 26, p. 117), de Grenoble, 3 janv. 1826, de Montpellier, 27 déc. 1825 (Sirey, t. 27, p. 42), de Paris, 19 nov. 1829 (Sirey, t. 30, p. 231), de Grenoble, 26 fév. 1831 (Sirey, t. 32, p. 85), et d'Angers, 14 fév. 1835 (Sirey, t. 35, p. 224), et implicitement par un arrêt de la cour de Poitiers du 22 avril 1831, qui a jugé que l'interrogatoire subi en vertu d'un jugement de défaut auquel on a fait opposition ne doit pas être lu jusqu'à ce que l'opposition soit jugée. Mais elle a été au contraire déclarée inadmissible par les cours d'Amiens, 26 juill. 1822 (Dalloz, t. 18, p. 170, Sirey, t. 24, p. 244), et 8 avril 1824 (Sirey, t. 24, p. 244), de Rouen, 29 janv. 1825 (Sirey, t. 26, p. 118), et 7 mars 1828, par le tribunal de la Seine (*Courrier des Trib.*, du 19 juill. 1828), et le 18 déc. 1837, par la cour de Paris (Sirey, t. 39, p. 80); enfin, les 17 fév. 1819 et 27 juin 1823, la cour de Brux. a décidé (*voy.* J. de B., 1819, 1re, p. 270, et 1823, 2e, p. 79), que le jugement sur requête, portant ordonnance de répondre sur faits et articles reconnus pertinents, n'a pas les caractères d'un jugement proprement dit, en ce sens que la partie qui doit subir l'interrogatoire ne puisse refuser d'y obéir, et que le juge ne puisse le rapporter. Au milieu de cette diversité de sentiments, la cour suprême n'a pas encore eu l'occasion de jeter dans la balance le poids de son autorité. Quant aux auteurs, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 584, Favard, t. 3, p. 115, n° 7, et Thomine, t. 1, p. 531 et 532, combattent l'opinion de Carré, qu'adopte au contraire Dalloz, t. 18, p. 170, n° 4.

Pour nous, voici comment nous nous sommes exprimés en notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 319, n° 8 : « Bien qu'en général l'opposition n'ait pas besoin d'être autorisée par une disposition spéciale pour pouvoir être exercée, il faut cependant reconnaître qu'elle n'est pas recevable toutes les fois qu'elle se trouve en contradiction avec les règles spéciales d'une

---

faut qu'il y ait une exception formellement prononcée par la loi ; et de là suit nécessairement que deux voies, celles de l'opposition et de l'appel, sont ouvertes contre les jugements dont il s'agit. La voie de l'opposition l'est par deux raisons : la première, parce que le jugement est rendu par défaut; la seconde, parce qu'en admettant, ce que nous croyons plus raisonnable, que ce jugement ne soit pas, à proprement parler, un jugement par défaut, puisque la partie n'a pas été appelée pour se défendre, il est rendu hors de sa présence, et doit recevoir conséquemment l'application des principes de jurisprudence suivant lesquels on a toujours admis l'opposition aux jugements sur requête, ainsi que nous l'avons expliqué sur la *Quest.* 660.

Mais on répond que l'exception au principe général de l'opposition et de l'appel se trouve dans les art. 325 du Code et 79 du Tarif, d'après lesquels la partie ne doit ni être appelée, ni être entendue, lors du jugement qui statuera sur la demande à fin d'interrogatoire; qu'il s'ensuit que les voies d'opposition ou d'appel ne peuvent être ouvertes à cette partie, puisque ce serait l'admettre à plaider sur la pertinence des faits, malgré la disposition de la loi, malgré son vœu bien prononcé que les juges statuent seuls, d'après leurs propres lumières, sur l'objet de la requête qui leur est soumise.

Ces raisonnements sont, sans contredit, de nature à faire impression; aussi Coffinières, en rapportant l'arrêt de la cour de Bruxelles qui décide que la partie ne peut, lors de la présentation de la requête, discuter le mérite et la nature des faits qui y sont posés (*V.* 1241° *Quest.*), dit-il que l'arrêt de la cour de Paris, qui admet l'opposition au jugement qui déclare ces faits partinents, se trouve contrarié par celui-ci.

Cependant cet auteur ajoute que l'interprétation donnée par la cour de Paris (nous ajoutons et par la cour d'Orléans, voy. *ubi suprà*) est en harmonie avec ce principe d'ordre public et d'équité naturelle, qu'on ne doit jamais priver une partie de ses moyens de défense.

Mais si la loi n'avait pas entendu, dans l'espèce actuelle, interdire la défense, n'aurait-elle pas ordonné d'appeler la partie et de l'entendre? Et puisqu'elle dispose formellement le contraire, n'est-ce pas l'interpréter fort mal que d'admettre cette défense, en accordant l'opposition ou l'appel ?

procédure exceptionnelle. Or, nous pensons qu'en matière d'interrogatoire sur faits et articles, la voie de l'opposition contrarie les principes posés par le Code.

» Et d'abord, qu'est-ce que l'opposition? C'est un moyen que la loi donne à la partie *défaillante* pour faire tomber la décision qui a été rendue en son absence, et à laquelle elle devait cependant assister. Mais qui ne voit que celui dont on a requis l'interrogatoire n'est pas dans la même position? En effet, la loi n'a pas voulu qu'il fût appelé au jugement qui ordonne l'interrogatoire. (C. proc., art. 329; Tarif, art. 79, § 2.) Comment alors pourrait-elle accorder le droit de l'attaquer par opposition? N'est-ce pas aller contre sa propre volonté, en un mot se contredire? Et d'ailleurs il ne faut pas perdre de vue les motifs qui ont déterminé le législateur à écarter du débat celui qui doit être interrogé: tant que l'interrogatoire n'a pas été ordonné, il a considéré que si les faits sur lesquels doit porter l'interrogatoire étaient, entre les parties, l'objet d'une discussion préalable, tout l'avantage qu'il est permis d'attendre de cet interrogatoire serait manqué; en effet, connaissant à l'avance toute la portée des questions qui doivent lui être faites, le défendeur aurait ainsi la possibilité de préparer et de coordonner ses réponses; or, c'est là précisément ce que la loi a voulu empêcher, comme le prouve l'art. 338 (1).

» En résumé, pour être reçu opposant il faut avoir fait défaut; or, on ne fait pas défaut quand on n'a pas été et qu'on n'a pas dû être appelé.

» Nous pensons donc que si une opposition avait été faite contre le jugement qui a ordonné l'interrogatoire, les frais qu'elle occasionne ne devraient pas passer en taxe. »

On sent que les mêmes raisons qui font rejeter l'opposition militent aussi pour faire rejeter l'appel, et c'est ce qu'a expressément jugé l'arrêt de Paris du 18 déc. 1837 (Sirey, t. 39, p. 80), cité en dernier lieu. Cependant Dalloz, par une contradiction manifeste, professe une doctrine diverse dans les deux cas; il s'appuie sur l'inconvénient qu'il y aurait à respecter un jugement qui aurait ouvertement violé la loi, par exemple en faisant interroger une personne non partie au procès.

La théorie que nous avons développée sous le n° 378, et dont la solution de la présente question n'est qu'une conséquence, ne s'oppose pas sans doute (nous l'avons dit dans la note imprimée à la suite de ce n° 378) à ce que le jugement rendu sur requête soit attaqué pour *incompétence* ou *excès de pouvoir;* et, par exemple, dans le cas d'un interrogatoire, lorsqu'il a, contrairement à la loi, retardé le jugement du fond, ainsi que l'a décidé la cour de Rouen le 18 mars 1828 (Sirey, t. 28, p. 174). Mais l'utilité de l'interrogatoire, mais la pertinence des faits sont des questions sur lesquelles le jugement statue d'une manière souveraine, et, par conséquent, sans opposition ni appel, et qui ne peuvent devenir l'objet d'une contestation que dans le cas prévu à la *Quest.* 1249 *infrà*. Cette observation nous paraît être une réponse suffisante à l'objection de Dalloz.

Au reste, Boncenne, nos 388 et suivants, répond comme nous à la question qui nous occupe; et il donne, pour appuyer sa solution, les mêmes raisons que nous avons fait valoir pour la question plus générale du n° 378. C'est un hommage involontaire, mais précieux, au système que nous y avons soutenu, et pour lequel nous sommes maintenant étonné d'avoir eu à combattre l'opinion de ce savant auteur.]

[1241 bis. *L'opposition ou l'appel pourraient-ils être considérés comme refus de répondre, et par suite donner lieu à l'application de l'art.* 330?

Nous adoptons la négative sur cette question, que Carré avait posée dans ses manuscrits sans la traiter. En effet, les voies de recours contre un jugement sont une ressource qu'on essaye pour se soustraire à son exécution. Mais leur emploi n'exclut pas la soumission, lorsque ce recours n'est pas admis.]

[1241 ter. *Faut-il une nouvelle requête pour faire commettre par le président le juge qui sera chargé de procéder à l'interrogatoire?*

Quelques praticiens font ordinairement nommer le juge-commissaire par la requête contenant les faits; mais cela ne nous semble pas régulier. En effet, l'art. 337 suppose qu'il faut une requête particulière, puisqu'il veut que le juge commis indique le jour de l'interrogatoire *au bas de l'ordonnance qui l'aura nommé,* sans autre forme. Or, une pareille ordonnance ne peut intervenir qu'à la suite d'une requête spéciale.

Il n'est pas nécessaire que le juge commis ait assisté au jugement, suivant Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 585.

Voyez dans notre *Comm. du Tarif,* t. 1, p. 321, n° 11, comment la requête doit être taxée.]

Art. 326. En cas d'éloignement, le président pourra commettre le président du

(1) [La communication de la requête à la partie qui doit subir l'interrogatoire, le rendrait bien souvent inutile, dit Berriat, n° 14, si l'on n'y remédiait par des questions d'office. Que serait-ce donc si, indépendamment de cette communication, on permettait encore la discussion préalable des faits?

tribunal dans le ressort duquel la partie réside, ou le juge de paix du canton de cette résidence.

[Tar. rais., nos 246 et 247.] — Ord. de 1667, tit. X, art. 1er. — C. pr., art. 1035. — [Carré, *Compétence*, 2e part., liv. III, tit. Ier, ch. 2, art. 325, *Q.* 456.]

1242. ***Le droit de commettre n'appartient-il qu'au président? Le vice-président ou le juge qui présiderait la chambre à laquelle la contestation serait soumise n'exercerait-il pas ce même droit?***

Il faut entendre l'art. 326 en ce sens qu'il désigne tout juge présidant la chambre qui permet l'interrogatoire. Lorsqu'un tribunal est divisé en plusieurs chambres, le droit de commettre, aux termes de cet article, n'appartient donc au président du tribunal entier qu'autant qu'il aurait présidé lui-même la chambre, lors du jugement dont nous venons de parler.

[C'est aussi, et avec raison, l'opinion de Favard, t. 3, p. 116, no 8.]

1243. ***Le président pourrait-il autoriser le tribunal de la résidence de la partie à commettre, soit un de ses membres, soit un juge de paix, pour procéder à l'interrogatoire?***

Oui, par application de l'art. 1035. (*V.* la *Quest.* 1144.)

[Pigeau, art. 6 de ce titre, et Favard, t. 3, p. 116, partagent cet avis, et nous y adhérons.]

Art. 327. Le juge commis indiquera, au bas de l'ordonnance qui l'aura nommé, les jour et heure de l'interrogatoire; le tout sans qu'il soit besoin de procès-verbal contenant réquisition ou délivrance de son ordonnance.

[Tar. rais., no 247.] — Ord., tit. X, art. 2. — (*Voy.* Formules 286 et 287.)

1244. ***Doit-on présenter, soit au président, s'il a retenu l'interrogatoire, soit au président ou au juge qui aurait été commis par lui, une requête en fixation de jour et d'heure?***

Delaporte, t. 1, p. 327, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 373, estiment que l'on ne doit pas présenter de requête pour avoir l'ordonnance dont il s'agit; que le réquisitoire doit se faire de vive voix.

Pigeau, t. 1, p. 178, no 285, Demiau, p. 237, Hautefeuille, p. 180, estiment au contraire que l'on doit présenter une requête; autrement, dit Demiau, comment pourrait-on établir le déni de justice, dans le cas où le président se refuserait à rendre l'ordonnance?

Mais nous ferons observer qu'on ne peut guère supposer un tel refus de la part du président ou du juge commis, et, d'ailleurs, la requête ne prouverait pas plus le déni de justice que la représentation du jugement au commissaire. Or, comme le tarif n'a point taxé cette requête, comme il paraît, d'après les derniers termes de l'art. 327 lui-même, que le législateur a entendu simplifier les formalités et prévenir autant que possible les frais pour parvenir à l'interrogatoire, puisqu'il déclare qu'il n'est pas besoin de procès-verbal contenant réquisition ou délivrance de l'ordonnance, nous estimons qu'une requête ne passerait point en taxe.

Ainsi l'on doit présenter, soit au président, s'il avait retenu l'interrogatoire, le jugement qui l'ordonne, et il mettrait son ordonnance au pied, soit au juge commis, l'ordonnance portant sa commission, au pied de laquelle il mettrait également la sienne en fixation de jour et d'heure.

[Dalloz, t. 18, p. 170, no 6, Favard, t. 3, p. 116, no 8, et Thomine, t. 1, p. 533, partagent cette opinion. Nous l'adoptons aussi en notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 321, nos 13 et 15, mais pour le cas seulement où c'est un juge commis qui procède; car si c'est le président, comme il n'y a point d'ordonnance qui le commette, il ne peut faire au bas d'icelle l'indication dont il s'agit: il devra donc la faire au bas d'une requête.

Boncenne, no 389, pense néanmoins que dans aucun cas l'ordonnance d'indication n'exige de procès-verbal de réquisition ou de délivrance, et qu'on peut toujours la requérir de vive voix.]

Art. 328. En cas d'empêchement légitime de la partie, le juge se transportera au lieu où elle est retenue.

Ord., tit. X, art. 6, 2e part. — C. pr., article 332. — [Carré, *Compétence*, 2e part., liv. Ier, tit. Ier, chap. 6, art. 62, *Q.* 93.]

1245. ***L'art.*** **328** ***se trouve-t-il en opposition avec l'art.*** **332?** [*Les dignités sont-elles un empêchement légitime?*]

L'art. 328 porte qu'en cas *d'empêchement légitime* de la partie, le juge se transportera au lieu où elle est retenue, et l'art. 332 veut que, dans le même cas d'empêchement légitime, le juge indique un autre jour pour l'interrogatoire.

De là, dit-on, une opposition entre les deux articles.

Il faut remarquer que le législateur a supposé, dans le premier, un empêchement permanent qui ne permet pas de pouvoir fixer un jour prochain auquel on pourrait remettre l'interrogatoire; tels seraient les cas d'une ma-

ladie grave, etc.; dans le second, au contraire, on a entendu parler d'un empêchement momentané, d'une absence, par exemple, dont le terme pourrait être fixé. (*Voy.* le *Prat.*, t. 2, p. 287, et la *Quest.* 1030, dont la solution serait applicable, suivant nous, aux grands dignitaires du royaume, comme le disent Berriat et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 374.) (1).

[L'art. 511, C. crim., dont on s'appuie pour créer une exception en faveur des personnes revêtues de certaines dignités, ne fournit pour cela qu'un argument d'analogie qui ne nous semble pas très-concluant. Il aurait d'ailleurs ce résultat bizarre, que si l'interrogatoire était ordonné par un tribunal siégeant dans le chef-lieu d'une cour royale, et que le grand dignitaire qui devrait être interrogé y résidât aussi, ce ne serait pas le président du tribunal, ni le juge commis par lui, mais bien le premier président de la cour qui aurait à se transporter chez le grand dignitaire pour lui faire subir interrogatoire.

Nous aimons mieux dire avec Favard, t. 3, p. 116, col. 1re, n° 8, alin. 5, et Dalloz, t. 18, p. 170, n° 11, que personne ne peut, en matière civile, prétendre, à raison de son rang seulement, au privilége de se dispenser de se présenter devant un magistrat lorsqu'un jugement l'a ordonné. Quant à la distinction entre le cas de l'art. 328 et celui de l'art. 332, nous estimons, avec Favard, t. 3, p. 116, n° 8, que l'opinion de Carré est exacte.]

[**1245 bis.** ***La seule qualité d'étranger domicilié hors de France suffirait-elle pour dispenser un plaideur de venir répondre devant un juge français à l'interrogatoire que son adversaire voudrait lui faire subir?***

Merlin, *Rép.*, v° *Interrog.*, rapporte un arrêt du conseil souverain de Colmar du 26 avril 1754, qui a décidé cette question négativement. Nous ne voyons pas de raison pour la décider autrement sous l'empire du Code; mais il nous semble en même temps que si l'étranger justifiait d'un empêchement légitime, sa qualité d'étranger ne devrait pas empêcher que l'on ne suivît pour lui les dispositions soit de l'article 326, soit de l'art. 332.]

ART. 329. Vingt-quatre heures au moins avant l'interrogatoire, seront signifiées, par le même exploit, à personne ou à domicile, la requête et les ordonnances du tribunal, du président ou du juge qui devra procéder à l'interrogatoire, avec assignation donnée par un huissier qu'il aura commis à cet effet.

Tarif, 29. — [Tar. rais., n° 248.] — Ord., tit. X, article 3. — C. pr., art. 333. — [Carré, *Compétence*, 2e part., liv. III, tit. III, chap. 2, art. 359, *Q.* 464.] — (*Voy.* FORMULE 288.)

CCLXXII. Le principal motif qui ait décidé le législateur à ordonner la communication à la partie des actes mentionnés dans cet article, est de lui donner le temps nécessaire pour rappeler à sa mémoire les faits qui peuvent quelquefois être fort anciens, et de l'empêcher d'être surprise par un interrogatoire trop subit (1).

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 587, pense avec raison qu'il s'agit ici de 24 heures *de horâ ad horam* et non d'un jour franc. Il cite l'exemple d'un procès-verbal de garde champêtre annulé pour n'avoir été affirmé qu'après la 24e heure. Si l'heure n'était pas désignée dans l'exploit, à cause de l'incertitude, il faudrait laisser le jour franc. Il y aurait lieu à l'augmentation du délai à raison des distances; c'est l'opinion de Thomine, n° 378.]

1246. ***Qu'est-ce qu'exprime l'article* 329, *par ces mots* ORDONNANCE DU TRIBUNAL?**

Il exprime la décision qui permet l'interrogatoire; s'il la qualifie d'ordonnance, c'est, dit Lepage, *Quest.*, p. 217, parce que, ce jugement étant rendu sur une requête non communiquée, on a voulu le distinguer des décisions prononcées après plaidoiries, et auxquelles on a réservé exclusivement la qualification de

---

(1) Mais pour qu'il y ait lieu, soit à ajourner l'interrogatoire, soit à procéder ailleurs qu'en la chambre du conseil, il faut que la légitimité de l'empêchement soit justifiée. (*V.* p. 666, note 3, et la *Quest.* 1051.)

C'est à l'avoué chargé d'occuper pour la partie à interroger, à remettre les pièces justificatives de l'empêchement; et le juge indiquera, en conséquence, soit le jour de la remise, soit un jour auquel il se transportera au lieu où la partie sera retenue, ou, en cas qu'elle fût trop éloignée, il commettra le juge de paix du lieu, ou s'adressera au président du tribunal de l'arrondissement. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 180, n° 287, et l'article 1035.)

(2) Plusieurs cours d'appel voulaient que l'on eût, au contraire, interdit cette communication, qui, disait-on, n'aurait pour but que de permettre à la partie de préparer par elle-même ou par ses conseils des réponses évasives. Elles proposaient, en conséquence, que l'interrogatoire eût lieu sans autre acte intermédiaire qu'une assignation à comparaître, ou au moins que l'on consacrât l'usage suivi sous l'ord. de 1667, et d'après lequel, quoique cette loi contînt une disposition semblable à celle du Code (tit. X, art. 39), on admettait l'interrogatoire de la partie sur des faits qui n'étaient communiqués qu'au juge-commissaire. (*V.* ci-après art. 333.) Nous avons vu, aux préliminaires de ce titre, que la loi de Genève a rejeté la disposition de l'article ci-dessus, et ses motifs sont qu'elle n'aurait pour objet que de fournir à l'interrogé les moyens de méditer à tête reposée et de calculer ses réponses.

Nous verrons, sur l'art. 333, que cet inconvénient devient moins grave, par la faculté qu'il donne au juge-commissaire de faire d'office des questions à la partie interrogée.

jugement; mais c'est surtout, dans notre opinion, parce que cette décision n'est point, comme les décisions ordinaires, précédée de motifs, et ne consiste que dans une simple ordonnance du tribunal, portant qu'une partie sera interrogée sur les faits contenus dans la requête de son adversaire. (*V.* la *Question* 1237.)

[Peu importe la raison de dénomination, pourvu qu'on soit d'accord sur sa valeur.]

1247. *Les significations prescrites par l'art.* 329 *peuvent-elles être faites, et l'assignation être donnée à un autre domicile que le domicile réel?*

La négative était prononcée par l'art. 3 du tit. X de l'ord., qui exprimait formellement que les significations et l'assignation dont il s'agit ne seraient faites ni au domicile de l'avoué, ni à aucun domicile élu. (*V.* Rodier et Jousse sur l'article précité, et Duparc-Poullain, t. 9, p. 458.)

Les commentateurs du Code estiment qu'il doit en être ainsi sous son empire (*voy.* Delaporte, p. 313, et surtout les *Quest.* de Lepage, p. 215), et telle est notre opinion, attendu que la loi exige, art. 333, que la partie réponde en personne; d'où il suit qu'il est dans l'intention du législateur que l'on emploie le plus sûr moyen que l'on puisse trouver de l'avertir. Or, ce moyen est évidemment celui de l'assignation à personne ou à domicile réel.

[C'est aussi, et à bon droit, l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 587, Favard, t. 3, p. 116, n° 9, Merlin, *Rép.*, v° *Interrog.*, § 7, *Prat.*, t. 2, p. 282, et Thomine, n° 377. (*V.* Paris, 8 prair. an XII; Dalloz, t. 18, p. 176.)]

1248. *Y aurait-il nullité de l'assignation qui n'aurait pas été donnée par un huissier commis?*

Nous avons cru devoir décider, sur la *Quest.* 644, qu'il y aurait nullité de la signification d'un jugement par défaut qui n'aurait pas été signifié par un huissier commis, aux termes de l'art. 156. Ainsi nous pensons que l'on ne pourrait tenir pour avérés, en conformité de l'art. 330, les faits qui seraient l'objet d'un interrogatoire auquel une partie ne se serait pas présentée, s'il était justifié que l'assignation ne lui aurait pas été signifiée par un huissier commis. Le tribunal pourrait seulement ordonner à la partie de prêter l'interrogatoire dans un délai désigné, sous le cours duquel les significations seraient renouvelées (1).

[Nous pensons à cet égard comme Carré; et Favard, t. 3, p. 116, n° 9, et Thomine, n° 377, adoptent aussi son opinion. Au reste, l'huissier n'a pas besoin d'être commis par ordonnance spéciale sur une requête *ad hoc*, il doit l'être par l'ordonnance même qui fixe les jour et heure de l'interrogatoire.]

ART. 330. *Si l'assigné ne comparaît pas* (2), **ou refuse de répondre après avoir comparu, il en sera dressé procès-verbal sommaire, et les faits pourront être tenus pour avérés.**

[Tar. rais., n° 249.] — Ord., tit. X, art. 4, 1re part. — C. pr., art. 428. — (*Voy.* FORMULE 289.)

CCLXXIII. Le refus de répondre ou le défaut de comparution doit-il imposer au juge l'obligation de tenir les faits pour avérés, ou seulement lui en laisser la faculté? On voit que l'article ci-dessus a décidé cette question en faveur de la seconde alternative, et telle est aussi la disposition de l'art. 167 du Code genevois. Les motifs de cette disposition ont été parfaitement développés par le rapporteur de la loi au corps législatif. (*V.* ci-dessous la note 2.) (3).

1249. *La partie pourrait-elle refuser de répondre, sous prétexte que les faits ne seraient pas pertinents?*

Commaille, t. 1, p. 366, maintient la négative; mais Demiau, p. 240, prouve que si les faits ne sont pas pertinents, la partie peut refuser

---

(1) En cela, nous différons en quelques points de l'opinion émise par Lepage, *Questions*, p. 217; mais nous croyons la nôtre conforme à la rigueur des principes rappelés sur notre 644e *Quest.*

[Principes que nous avons complétement adoptés.]

(2) Si la partie interrogée ne comparaissait pas, l'ordonnance voulait que les faits fussent tenus pour avérés. (*V.* les raisons de la disposition facultative de l'art. 330 dans la note suivante.)

(3) « Le refus de répondre, dit Perrin, élève sans » doute contre celui qui s'en rend coupable une juste » prévention. L'homme qui n'a que la vérité pour guide » ne craint pas qu'on la lui demande; il ne s'effraye ni » des questions qui lui ont été communiquées, ni de » celles imprévues que le magistrat lui adressera. Il se » présente avec assurance; il aperçoit d'avance, dans » le résultat de son interrogatoire, un nouveau moyen » de combattre son adversaire.

» Mais n'est-ce pas donner à cette présomption morale une force que réprouve la saine logique, que » de la considérer comme une preuve légale sur laquelle » le magistrat doive nécessairement diriger son opinion? Combien de motifs peuvent, en quelque sorte, » justifier ou au moins excuser le refus de répondre! » Et s'il existe des preuves écrites qui contredisent les » faits tenus pour confessés et avoués, le précepte de » la loi pourra-t-il contraindre l'esprit du juge à rejeter l'évidence pour lui préférer une simple présomption?

» Il est plus juste, il est plus sage sans doute de s'en » remettre à ses lumières et à sa pénétration. C'est sur » son esprit qu'agira le refus de répondre : il se reposera avec sécurité sur ce moyen de décision, lorsque » les faits concorderont entre eux, lorsque rien ne les » contredira, lorsqu'ils se lieront sans aucune contrainte, sans invraisemblance, à ce qui d'ailleurs est » constant et reconnu dans la cause. »

d'y répondre, quoique le jugement les ait admis. Nous adoptons d'autant plus volontiers cette opinion, qu'elle est absolument conforme aux explications données par le rapporteur au corps législatif (1). (*V.* Brux., 1er déc. 1810; Dalloz, t. 18, p. 166, et t. 27, p. 231; Sirey, t. 11, p. 282, et t. 12, p. 19; [Amiens, 26 juill. 1832, et l'opinion de Dalloz, t. 18, p. 171, n° 14.)]

[Quand l'interrogé a refusé de répondre sous prétexte de la non-pertinence ou de la non-personnalité des faits, on vient à l'audience; et la partie adverse, pour profiter du bénéfice de l'art. 330, demande que les faits soient tenus pour reconnus. Le refusant se défend en soutenant qu'il n'a pas dû répondre à des interrogations qui n'étaient point pertinentes, ou qui ne lui étaient point personnelles. Le tribunal devient ainsi juge du plus ou moins de fondement de son excuse. C'est donc alors, mais alors seulement, que peut être discutée contradictoirement la pertinence des faits; et par là se trouve levée la difficulté que l'on pourrait voir à n'accorder ni opposition, ni appel, ni aucune voie de recours contre le jugement qui avait admis l'interrogatoire. Les droits de toutes parties sont ainsi également ménagés.

Si le tribunal, après discussion, juge que les faits n'étaient point pertinents, le refus de répondre est justifié, l'instruction du procès prend une autre direction. S'il juge autrement, il déclare que l'interrogé a eu tort de garder le silence, et il use envers lui de la peine discrétionnaire dont l'art. 330 lui confie l'application.

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 589, pense que si les juges trouvent le refus de répondre mal fondé, ils peuvent, en condamnant le refusant aux dépens de l'incident, lui intimer de répondre aux jour et heure qui seront fixés par le commissaire.

Nous ne croyons pas que cette façon de procéder puisse être admise en général.

Cet interrogatoire venant longtemps après que les questions ont été connues, après que la discussion sur leur pertinence a appris à l'interrogé leur portée, leur but et leurs conséquences, celui-ci aurait tout le temps de préparer et de disposer ses réponses, de façon à éviter les surprises que la loi et la justice ménageaient à sa mauvaise foi. Ce serait, en un mot, rentrer dans l'inconvénient que l'on évite en interdisant l'opposition et l'appel contre le jugement qui a ordonné l'interrogatoire.

Cependant, comme il peut arriver, dans certains cas, et suivant les circonstances, que cet inconvénient ne soit pas à redouter, nous laisserions à la sagesse des juges de déterminer s'il est prudent d'indiquer un nouveau jour pour l'interrogatoire.

Boncenne, n° 391, adopte notre système, sauf qu'il ne reconnaît point la possibilité d'admettre quelquefois à un nouvel interrogatoire celui qui a refusé de répondre au premier. Cette rigueur nous a paru trop absolue.

Mais, au reste, on ne doit pas tenir pour avérés les faits sur lesquels l'interrogé refuse de répondre, lorsque ces faits rentrent dans ceux qui seraient l'objet d'un serment qu'il avait prêté. (*V.* Pau, 11 mars 1824.)]

1250. ***Si la partie interrogée sur un fait répondait qu'elle ne se souvient pas, le juge pourrait-il tenir ce fait pour avéré?***

Rodier, sur l'art. 8 du tit. X de l'ord., et Duparc-Poullain, t. 9, p. 461, font dépendre la décision de la nature du fait et de la vraisemblance ou invraisemblance de l'oubli ; opinion qui concilie et la loi et la justice; mais il faut que la bonne foi de celui qui allègue l'oubli soit évidente. Dans le doute, le juge pourrait suivre la rigueur du droit, qui veut, sur chaque fait, des réponses précises et pertinentes. (Article 333. — V. *Discours du tribun Perrin.*)

[Cette observation est très-sage.]

1251. ***La disposition de l'art. 330 peut-elle s'appliquer à d'autres interpellations que celles d'un interrogatoire?***

Cette disposition, qui autorise le juge à tenir pour avérés les faits sur lesquels l'interrogé refuse de répondre, s'applique à toute interpellation judiciaire, c'est-à-dire adressée à la partie par le juge, et lorsque le tribunal a ordonné que l'un des contendants s'expliquerait à l'audience comme dans le cas de l'art. 119. [(Rennes, 15 août 1828.) Mais c'est une question fort grave sur laquelle nous avons donné notre opinion développée, et celle de Carré sur l'art. 119, *Quest.* 502.]

Mais, ajoute Perrin, p. 364, si l'interpellation est extrajudiciaire, comme si elle n'est adressée que par la partie adverse, même dans le cours d'une instance, le silence de la personne requise de s'expliquer ne saurait valoir par lui-même un aveu ni un consentement, à moins que la loi ne l'ait exprimé positivement comme dans l'art. 194.

[Cela est évident.]

---

(1) Ainsi, la partie aura soin de motiver sur ce moyen son refus de répondre; et ce sera au tribunal, en jugeant le fond, à tenir ou non les faits pour avérés, suivant qu'il aura reconnu que la partie aura ou n'aura pas été fondée dans ce refus.

Telle est l'opinion de Demiau : nous la préférons à celle de Jousse, qui, sur l'art. 4 du tit. X de l'ordonnance, estime que le refus de répondre forme un incident sur lequel le juge-commissaire doit renvoyer à l'audience, pour être prononcé préalablement. (Rapprochez la solution de cette question de celle qui a été donnée sur la *Quest.* 1229.)

Art. 331. Si, ayant fait défaut sur l'assignation, il se présente avant le jugement, il sera interrogé, en payant les frais du premier procès-verbal et de la signification, sans répétition.

Ord., tit. X, art. 5. — [Locré, t. 9, p. 255.]

CCLXXIV. La partie poursuivante lève, au greffe, expédition du procès-verbal dressé conformément à l'article précédent, et le fait signifier par un simple acte d'avoué, portant à venir pour la prochaine audience, où le tribunal, s'il ne trouve pas que la conduite de la partie qui doit répondre et comparaître soit suffisamment justifiée, peut tenir les faits pour avérés, et prononcer en même temps son jugement définitif en conséquence. Mais si, avant le jugement, la partie qui a fait défaut (1), au jour fixé pour son interrogatoire, se présentait au juge commis, et déclarait être prête à répondre, la loi impose à ce magistrat l'obligation de l'interroger, sans exiger d'elle autre chose que le payement des frais du premier procès-verbal et de la signification qui en a été faite (2).

1252. *La partie défaillante doit-elle aussi supporter les frais de son interrogatoire?*

Non, puisque la loi ne l'assujettit qu'aux frais du procès-verbal qui constate sa non-comparution, et de la signification de ce procès-verbal; mais nous n'avons posé cette question qu'afin de remarquer la différence qui existe, à ce sujet, entre l'art. 331 du Code, et l'art. 5 du tit. X de l'ord. de 1667.

[Nous adoptons la solution de Carré.]

Art. 332. Si, au jour de l'interrogatoire, la partie assignée justifie d'empêchement légitime, le juge indiquera un autre jour pour l'interrogatoire, sans nouvelle assignation.

CCLXXV. La partie qui se trouve empêchée de comparaître au jour fixé pour l'interrogatoire doit, par le ministère de son avoué [ou de toute autre personne, parente ou amie], faire connaître au juge-commissaire les causes d'empêchement qui la retiennent. Le juge examine ces causes, et, s'il les trouve légitimes et suffisamment justifiées, il indique sur son procès-verbal un autre jour pour l'interrogatoire, ou déclare qu'il se transportera sur les lieux où se trouve la partie empêchée, ou commet, pour interroger celle-ci, le juge de sa résidence, suivant les cas ou la nature des empêchements. (*V.* ci-dessus, *Quest.* 1245.)

[**1252 bis.** *Lorsque la partie assignée pour subir un interrogatoire ne s'est pas présentée par suite d'un empêchement qu'elle prétendait légitime, mais que le juge-commissaire n'a pas admis, peut-elle présenter de nouveau son excuse au tribunal?*

Oui; et, dans ce cas, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 590, art. 332, n° 1, pense : 1° que le juge-commissaire ne peut être un des juges de cette opposition; 2° que si le tribunal admet l'excuse et renvoie la partie à subir interrogatoire, il y a lieu de nommer un autre commissaire, par argument de l'art. 472, C. proc., qui veut que, quand un jugement est infirmé, l'exécution soit renvoyée devant un autre tribunal. Cette question n'a d'intérêt au surplus que pour les frais; car, tant que la partie se présente avant le jugement, elle doit être admise à se faire interroger (art. 331). Seulement, si son défaut de comparution au jour indiqué n'était pas motivé par un empêchement légitime, elle payerait les frais du premier procès-verbal et de la signification, sans répétition.]

Art. 333. La partie répondra en personne, sans pouvoir lire aucun projet de réponse par écrit, et sans assistance de conseil, aux faits contenus en la requête, même à ceux sur lesquels le juge l'interrogera d'office; les réponses seront précises et pertinentes sur chaque fait, et sans aucun terme calomnieux ni injurieux : celui qui aura requis l'interrogatoire ne pourra y assister.

[Tar. rais., n° 250.] — Ord. de 1667, tit. X, art. 6, 1re part., et art. 7 et 8. — C. pr., art. 271. — [Notre Dict. gén. de Proc.—Devilleneuve, v° *Interrogatoire*, n° 25. — Locré, t. 9, p. 296.] (3). — (*Voy.* Formule 290.)

CCLXXVI. Dès que la partie qui doit être

(1) La loi ne parle que de la partie défaillante, et lui accorde la faculté de se faire interroger, par les mêmes motifs qu'elle accorde la faculté d'opposition à un jugement par défaut; mais celui qui a comparu, et qui a refusé de répondre, n'est pas excusable à ses yeux, et ne jouit pas du même avantage.

[Cette observation, qui est juste, se retrouve dans Thomine, n° 379.)]

(2) Ces frais doivent être versés de suite et sans espoir de répétition, quel que soit ultérieurement le jugement définitif, entre les mains de l'avoué poursuivant. Sur le récépissé qu'il en donne, le juge passe à l'interrogatoire.

(3) JURISPRUDENCE.

[Il est laissé au pouvoir des juges, lorsque plusieurs personnes doivent être interrogées dans la même affaire et sur les mêmes faits, de procéder à l'interroga-

interrogée se présente, le juge ouvre son procès-verbal par la mention de sa comparution, et procède à l'interrogatoire en y faisant écrire les questions et les réponses de l'interrogé. Il termine cet acte par l'accomplissement des formalités et des énonciations qu'exige l'article 344. C'est ici le lieu de remarquer qu'en autorisant les questions d'office, l'art. 333 apporte un remède aux inconvénients sur lesquels se fonde l'opinion de ceux qui pensent qu'on eût dû conserver l'usage suivi sous l'empire de l'ordonnance, et dont nous avons parlé *suprà* p. 112, à la note. Aussi cette faculté est-elle devenue d'un grand secours pour détruire l'effet d'une réponse préparée, en mettant la mauvaise foi dans le cas de se trahir elle-même. La loi s'en rapporte, en ce cas, à la prudence et à l'impartialité du juge-commissaire, sur le choix des questions et l'ordre dans lequel il doit les proposer. Il faut, dit Berriat, qu'il se rappelle qu'il est juge et non pas défenseur; car il lui serait facile, par la tournure qu'il donnerait aux questions, d'induire en erreur l'interrogé.

1253. *Le juge doit-il exiger de l'interrogé un serment préalable ?* (1)

Non, très-certainement, à la différence de ce qui se pratiquait sous l'empire de l'ord. de 1667, dont l'art. 7 du tit. X prescrivait au juge de prendre le serment de l'interrogé; disposition dont plusieurs cours d'appel avaient demandé la conservation. Ce changement, dit le tribun Perrin, a eu pour objet de ne pas placer le répondant entre son intérêt et sa conscience. D'ailleurs, la preuve testimoniale étant admissible contre les réponses, il ne fallait pas ouvrir un moyen de le constituer en état de parjure (2).

[Enfin l'on a pensé, avec raison, qu'il était inutile d'exiger un serment de celui qu'on ne veut pas croire, et dont on attend plus souvent des contradictions et des mensonges que des aveux. Aussi Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 591, Favard, t. 3, p. 117, n° 10, et Thomine, n° 380, enseignent-ils tous que le serment n'est pas exigé.]

1254. *Comment doivent être entendues ces expressions de l'art.* 333, LA PARTIE RÉPONDRA AUX FAITS CONTENUS DANS LA REQUÊTE?

Ces expressions ont été employées, parce que le jugement ne contient point les faits de l'interrogatoire; il s'en réfère au contenu en la requête; et, comme nous l'avons dit sur la *Quest.* 1237, s'il en est quelques-uns qu'il déclare non pertinents, ce sont ceux-là seulement qu'il énonce. Ainsi, quoique l'article dise que la partie répondra aux faits contenus dans la requête, ces termes ne s'entendent que des faits que le tribunal a déclarés pertinents, et non de ceux qu'il aurait rejetés. (*V.* Hautefeuille, p. 182.)

[Cela ne peut souffrir de difficulté.]

1255. *Les expressions de l'art.* 333, *d'après lesquelles la partie est tenue de répondre, même sur les questions que le juge-commissaire lui adresserait d'office, s'étendent-elles jusqu'à donner à ce juge le pouvoir d'interroger sur des faits isolés qui n'auraient pas de rapport avec ceux contenus en la requête ?*

Les commentateurs de l'ordonnance (*voy.* Bornier, Jousse, Rodier et Serpillon, sur l'art. 7 du tit. X, et Duparc-Poullain, t. 9, p. 459, n° 11) s'accordent à dire qu'il faut, pour que le juge-commissaire interroge d'office sur des faits qui ne sont pas énoncés dans la requête, que ces faits aient du moins quelque rapport avec ceux qui seraient contenus dans cette requête; qu'ils tendent, par exemple, à un plus grand éclaircissement de la vérité, c'est-à-dire à tirer raison de ce qui ne serait pas assez clairement exprimé dans les réponses, à concilier les contrariétés qu'elles présenteraient, à faire expliquer les causes et les motifs des faits avoués ou déniés; en un mot, à faire connaître, dans toute son étendue, la vérité des faits signifiés.

Ainsi, d'après ces auteurs, le commissaire ne doit point interroger d'office sur des faits étrangers ni singuliers, s'ils n'ont du rapport avec ceux énoncés dans la requête.

Telle est aussi la doctrine généralement admise par les jurisconsultes qui ont écrit sur le Code. (*V.* Delaporte, t. 2, p. 316; *Prat.*, t. 2, p. 288; Demiau, p. 242; le Comm. inséré aux

---

toire de l'un en présence de l'autre, surtout en y ajoutant la précaution d'entendre aussi les parties interrogées séparément. (Rennes, 21 fév. 1836; Sirey, t. 38, p. 166.)]

(1) [* Le serment est exigé en Belgique depuis l'arrêté-loi du 4 nov. 1814.]

(2) Aussi la cour de Florence a-t-elle jugé, par arrêt du 19 mars 1810 (Dalloz, t. 18, p. 176), que la déclaration d'avoir dit vérité, exigée par l'art. 334, ne pouvait être donnée sous la foi du serment : il n'y a donc ni serment préalable à l'interrogatoire, ni serment postérieur sur la vérité des réponses; mais le serment judiciaire peut être déféré sur l'objet de la demande, parce que l'interrogatoire, comme nous l'avons dit sur la *Quest.* 1236, n'exclut aucun des genres de preuve admis par la loi.

Ainsi, l'interrogatoire, eût-il été, contre le vœu de la loi, subi par une partie sous la foi du serment, ne serait pas pour cela un obstacle à l'admission de la preuve testimoniale. (Cass., 9 février 1808; Sirey, t. 8, 1re p. 214.)

Ann. du Not., t. 2, p. 386; Berriat, *h. t.*, not. 29, 1°.)

[Nous invoquerons, dans le même sens, Pigeau, *Proc. civ.*, art. 8 de ce titre, Favard, t. 3, p. 117, n° 10, Dalloz, t. 18, p. 170, n°s 9 et 10, et Thomine, n° 380.]

1256. ***La partie peut-elle servir au juge, et celui-ci recevoir d'elle des notes ou mémoires contenant des faits secrets sur lesquels il aurait à interroger d'office?***

Serpillon discute cette question sur l'art. 7 du tit. X de l'ord., et, comme Jousse et Sallé, il la résout pour la négative.

Rodier, sur le même article, dit seulement que le juge-commissaire peut se dispenser, pour faire des questions d'office, de recevoir des mémoires par écrit de la partie qui requiert l'interrogatoire; il se fonde sur ce que l'ordonnance ne portait pas que cette partie pût en donner; mais rien, ajoute cet auteur, n'empêche que le commissaire ne reçoive, s'il le veut, ces mémoires ou des instructions verbales, sauf à n'en faire usage qu'autant que les faits ne sont pas étrangers à ceux qui ont été signifiés, et à agir d'ailleurs de la manière indiquée sur la précédente question.

Pigeau, t. 1, p. 178, n° 285, dit que, si le demandeur présente une requête contenant les faits sur lesquels doit porter l'interrogatoire, il en est pourtant qui peuvent rester secrets, et sur lesquels le juge pourrait interroger d'office. Ainsi, dit-il, on signifie les faits sur lesquels il est indifférent que la partie se prépare, et l'on réserve les faits importants sur lesquels la préparation serait dangereuse.

Nous remarquerons, sur ce point, comme le faisait Rodier sous l'empire de l'ordonnance, que la loi ne s'exprime point sur cette remise au juge-commissaire de notes ou mémoires contenant des faits secrets, qui lui serviraient d'instruction pour adresser à la partie des interrogations d'office. Cette expression *d'office*, dit Berriat, *h. t.*, not. 29, 2°, annonce que le Code laisse au juge la faculté de recueillir comme bon lui semble les renseignements dont il a besoin, sauf à n'user que de ceux qui sont relatifs au fait principal. Cette observation se rapproche de celles que Rodier faisait sur l'ordonnance, et nous croyons qu'elle doit être adoptée, en restreignant toutefois son application aux faits qui auraient rapport à ceux contenus dans la requête (1).

[C'est aussi, et avec raison, l'opinion de Favard, t. 3, p. 117, n° 10, et de Dalloz, t. 18, p. 170, n° 9. Cette marche est consacrée par l'usage.]

1257. ***Le juge-commissaire peut-il rédiger les réponses de l'interrogé, et quelles seraient à cet égard les règles de sa conduite?***

Nous donnerons sur cette question la même solution que sur les 1070e et 1071e; mais en faisant observer que c'est surtout en matière d'interrogatoire que le juge-commissaire doit être attentif à consigner les expressions mêmes du répondant, et à ne se servir d'aucun terme qui puisse en dénaturer le sens.

Les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 288, Demiau, p. 242, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, p. 388, ajoutent que le juge-commissaire peut refuser d'insérer des termes calomnieux ou injurieux; et telle est aussi notre opinion, fondée sur la disposition de l'art. 333, puisqu'il porte que les réponses ne peuvent être données en termes de cette nature (2).

[Les observations contenues sous ce numéro et à la note sont parfaitement justes.]

1258. ***Qu'entend-on par réponses* PRÉCISES *et* PERTINENTES? *Les réponses doivent-elles être données par simple dénégation ou affirmation?***

Les réponses doivent être *précises*, c'est-à-dire qu'elles doivent être données sur chaque fait, de manière à ne laisser aucun doute sur l'aveu ou la dénégation de la partie. Autrement, on pourrait les interpréter contre l'interrogé, parce qu'il serait permis de croire qu'il ne se serait exprimé d'une manière équivoque, qu'afin de ne donner aucune prise sur lui, relativement à un fait dont il n'aurait pas voulu convenir, en même temps qu'il n'aurait osé le désavouer formellement (3).

Les réponses doivent être *pertinentes*,

---

(1) C'est ainsi que l'on pourra concilier, avec l'opinion des auteurs qui ont pensé que l'on ne pouvait communiquer au juge-commissaire des faits secrets, le sentiment opposé de Pigeau. Les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.* admettent ce tempérament, et apportent plusieurs raisons qui en justifient la sagesse.

(2) Mais il faut faire attention qu'il ne s'agit ici que *des expressions*; le juge-commissaire pourrait quelquefois aller trop loin, s'il se permettait de supprimer des réponses qui ne seraient point, à proprement parler, conçues en termes calomnieux ou injurieux, mais qui lui paraîtraient avoir ce caractère, quant à leurs effets. Au surplus, la loi s'en rapporte ici à sa prudence et à sa discrétion. D'ailleurs, si les réponses contenaient des calomnies ou des injures, les art. 362 et 367, Code pénal, ouvrent à la partie qui en serait l'objet une action tendante à des condamnations qui remplacent l'amende arbitraire que, suivant Jousse (sur l'art. 8 du tit. X de l'ord.), le tribunal saisi de la contestation avait droit de prononcer; ce qu'il ne pourrait faire aujourd'hui, d'après le silence que le Code de procédure garde à ce sujet. (*V.* Delaporte, t. 1, p. 317; le Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 388, et Berriat, *h. t.*, not. 28.)

(3) Mais de ce que les réponses doivent être précises, Jousse, *ubi suprà*, après lui Delaporte, t. 1, p. 333, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2,

c'est-à-dire qu'elles doivent se rapporter au fait même sur lequel la partie est interrogée, et ne pas contenir de digressions qui, se rapportant à des faits étrangers, n'auraient d'autre but que d'eluder la question proposée. (*V.* Demiau, p. 242.)

[Ces explications nous semblent exactes.]

Art. 334. L'interrogatoire achevé sera lu à la partie, avec interpellation de déclarer si elle a dit vérité et persiste; si elle ajoute, l'addition sera rédigée en marge ou à la suite de l'interrogatoire, elle lui sera lue et il lui sera fait la même interpellation; elle signera l'interrogatoire et les *additions*(1); et, si elle ne sait ou ne veut signer, il en sera fait mention.

Tarif, 70. — [Tar. rais., n° 250.] (2). — (*Voy.* Formule 290.)

1259. *Le juge-commissaire et le greffier doivent-ils signer le procès-verbal?*

Oui, sans doute; et si le Code de procédure n'en contient pas une disposition formelle, ainsi que le demandait la cour de Trèves dans ses observations sur le projet, c'est qu'il est de droit que les magistrats et officiers instrumentaires d'un acte le certifient par leur signature. (*V.* Hautefeuille, p. 183, et les questions traitées au titre des *Enquêtes,* sur les art. 272, 273 et 274.)

[Point de doute sur la nécessité de ces signatures.]

Art. 335. La partie qui voudra faire usage de l'interrogatoire le fera signifier, sans qu'il puisse être un sujet d'écritures de part ni d'autre.

Tarif, 70. — [Tar. rais., n° 251.] — (*Voy.* Formule 291.)

CCLXXVII. En défendant toute écriture par suite de l'interrogatoire, l'article ci-dessus suppose qu'après la signification il n'y a qu'à poursuivre l'audience par un simple acte, et que la discussion s'engage sur les preuves et sur les inductions qui peuvent sortir de l'interrogatoire.

[Mais l'interrogatoire ne peut être lu à l'audience avant d'avoir été signifié. (Poitiers, 21 avril 1831.)]

1260. *La défense de signifier des écritures s'applique-t-elle au cas où l'interrogatoire aurait été ordonné dans un procès par écrit?*

Nous croyons, puisqu'une fois l'instruction par écrit ordonnée, on ne peut venir à l'audience que pour plaider sur certains incidents, que dans les affaires qui s'instruisent de la sorte, on ne pourrait rejeter un écrit qui serait fourni au juge-commissaire par chacune des parties, afin qu'il en fît dans son rapport l'usage qu'il juge convenable, et qu'il y exposât les moyens que les parties eussent fait valoir dans les écrits.

[Demiau, p. 243, adopte, avec raison, cet avis.]

1261. *Le tribunal pourrait-il ordonner une instruction par écrit, à l'occasion de l'interrogatoire?*

Ces expressions restrictives de l'art. 335, *sans qu'il puissent être un sujet d'écritures de part ni d'autre,* semblent ôter au juge la faculté d'ordonner une instruction par écrit, quelque étendu et compliqué que soit l'interrogatoire. (*V.* Demiau, p. 243; Berriat, *h. t.*, not. 32.)

[Favard, t. 3, p. 117, n° 11, pense, au contraire, que les écritures prohibées par l'art. 335 sont seulement celles que les parties pourraient se permettre à l'occasion de l'interrogatoire, et non celles que le juge croit utile d'ordonner pour éclairer sa religion, comme l'instruction par écrit. Nous adopterions d'autant plus volontiers cette dernière opinion, que la prohibition de l'art. 335 veut dire seulement que les écritures qui seront signifiées ne passeront point en taxe. Mais il est possible qu'une partie, dans l'intérêt de sa cause, croie nécessaire de fixer par écrit les inductions qu'elle espérait y trouver, de faire quelques frais qui resteraient à sa charge, dans le cas même où elle gagnerait son procès. N'est-il pas possible aussi que le juge, dans l'intérêt de la vérité, et par conséquent des deux parties, croie nécessaire d'or-

---

p. 387, concluent que l'interrogé doit répondre *affirmativement ou négativement, et non par des phrases vagues et équivoques.* Rodier est d'un avis contraire sur le premier point; et c'est, selon nous, son avis qui doit prévaloir, quoique les ordonnances sur lesquelles il se fonde ne s'appliquent pas directement à l'interrogatoire, ainsi que le remarque Berriat, *h. t.*, note 27. Une réponse peut en effet être *précise,* lors même qu'elle n'est pas réduite à un *oui* ou à un *non*.

[Cela est évident.]

(1) *Additions.* Il faut entendre par ce mot les changements que la partie voudrait faire.

(2) JURISPRUDENCE.

[1° La partie à laquelle il a été ordonné de répondre sur faits et articles ne peut, après avoir subi son interrogatoire, donner aux questions qui lui ont été faites dans son interrogatoire de nouvelles réponses par écrit, signifiées par exploit à la partie adverse (Brux., 25 nov. 1826; J. de B., t. 2 de 1827, p. 161);

2° Une telle signification peut être considérée comme une reconnaissance que les réponses données lors de l'interrogatoire sont insuffisantes et incomplètes; et la partie adverse est, en ce cas, recevable à en faire subir un nouveau. (Brux., 25 nov. 1826, même arrêt.)]

donner, après l'interrogatoire, que l'affaire sera instruite par écrit, au lieu d'être plaidée à l'audience? Pourquoi, dans ce cas, ne pourrait-il pas user de la faculté qui lui est accordée, en termes généraux, par les art. 95 et 461, C. proc.? Nous ne voyons rien dans l'art. 335 qui s'y oppose.]

1262. ***Quels sont en général les effets de l'interrogatoire?***

Tous les auteurs (*voy.* entre autres Thomine, 1re édition; Malleville, t. 4, p. 175) s'accordent à appliquer, en général, aux effets de l'interrogatoire, les art. 1355 et 1356 du Code civil, sur les présomptions et l'aveu judiciaire.

Cette proposition générale fait naître plusieurs questions relatives à divers cas, où elle pourrait être susceptible de distinctions et d'exceptions. Cet examen est sans doute étranger à l'objet et au plan de notre travail; mais plusieurs des commentateurs du Code de procédure s'en sont occupés d'une manière plus ou moins complète, et c'est une raison pour laquelle nous devons traiter au moins les questions qu'ils ont résolues.

Premièrement, Thomine dit que les dispositions du Code civil, sur l'aveu judiciaire et les présomptions, s'appliquent à l'interrogatoire, savoir : en ce qui concerne le premier, qu'il fait pleine foi contre l'interrogé, qu'il ne peut être divisé contre lui; mais en même temps, cet estimable professeur dit qu'il ne doit *pas être divisé.* Quant aux inductions tirées de contradictions et de mensonges, elles n'ont, dit-il encore, de poids que dans le cas où la preuve testimoniale serait admissible. Un interrogatoire, ajoute-t-il enfin, ne *fait point un commencement de preuve par écrit.*

[Thomine, dans son nouveau *Comm.*, nos 375 et 382, a changé d'opinion sur ce dernier point. (*V.* nos observations *in fine.*)]

Comme Thomine, Maleville, t. 4, p. 475, dit que les dispositions du Code concernant l'aveu judiciaire s'appliquent en général à la confession résultant d'un interrogatoire sur faits et articles, et qu'elle ne peut être rétractée qu'en prouvant l'erreur de fait, en conformité de l'art. 1356. Nous admettons cette décision (1); mais nous croyons que la disposition de ce même article, relative à l'indivisibilité des réponses, ne doit être appliquée que sous certaines conditions.

Aussi Duparc-Poullain, t. 9, p. 461, faisait-il observer que, si un fait allégué par l'interrogé pour sa décharge était prouvé faux, soit par écrit, soit même par témoins, dans une matière susceptible de cette preuve, sa réponse sur ce fait pourrait être rejetée, sans qu'un autre fait reconnu par lui cessât d'être décisif contre lui. Cette observation se concilie avec l'indivisibilité des réponses, admise d'une manière générale par plusieurs auteurs. (*V.* entre autres Jousse, sur l'art. 8 du tit. X de l'ord.) En effet, un interrogatoire contient plusieurs faits; il n'est pas présumable que ni Jousse, ni aucun autre commentateur, aient entendu dire que l'ensemble des réponses sur tous ces faits fût indivisible.

Si donc l'art. 1356, C. civ., suppose que l'on ne peut, en discutant un interrogatoire, tirer avantage des aveux d'une partie en les divisant, qu'il faut les prendre dans leur entier (*voy.* Lepage, *Quest.*, p. 219, Jousse, *ubi suprà*, Pothier, *Oblig.*, n° 827), cette défense ne s'applique point aux réponses données sur différents faits; et c'est ce qu'établit Merlin, dans son réquisitoire sur l'arrêt rendu le 30 avril 1807. (V. *Rép.*, v° *Chose jugée,* § 15.)

Mais il semble à Berriat, *h. t.,* not. 35, qu'on ne peut du moins diviser un aveu de différents points d'un même fait, quoique cet aveu ait été exprimé dans plusieurs réponses. Par exemple : Joseph, dans une première réponse, convient d'avoir emprunté, et il déclare dans la seconde qu'il a rendu.... Ces deux réponses paraîtraient à cet auteur former un aveu indivisible.

Nous remarquerons que cette opinion aurait en sa faveur un arrêt de la cour de cass. du 30 avril 1807 (Sirey, t. 7, p. 779), qui a décidé que, si une partie interrogée sur faits et articles, pour savoir si la cause exprimée dans un contrat public est véritable, avoue qu'elle ne l'est pas, mais, en même temps, assure qu'il y a une autre cause licite de l'obligation, cet aveu est indivisible, en sorte que le contrat ne peut être annulé comme étant sans cause ou sur une fausse cause (2).

[La théorie de Carré sur la divisibilité ou

(1) Elle trouve un appui dans un arrêt de la cour de Brux. du 1er décembre 1810 (Sirey, t. 12, p. 19; *Pasicrisie* à cette date), lequel décide que l'on peut *suppléer* à la preuve *écrite* d'une transaction, par un aveu qui ne serait que le résultat d'un interrogatoire sur faits et articles, et cela, nonobstant l'art. 2044, C. civ., attendu qu'il ne suit pas de cet article que le contrat ne puisse s'établir par l'aveu de la partie.

(2) Il faut néanmoins convenir qu'en plusieurs circonstances les juges seraient autorisés à diviser des réponses données sur un même fait, lorsque ces réponses établiraient elles-mêmes des faits différents. Par exemple, il s'agit du fait de l'existence d'une obligation d'abord contestée : elle est avouée dans l'interrogatoire, mais l'interrogé maintient l'avoir acquittée; cette allégation n'est plus qu'une exception proposée par le débiteur : ne devra-t-on pas diviser cette allégation? Ne pourrait-on pas soumettre celui qui l'a faite à en fournir la preuve? (*Voy.* l'*Essai* de Gabriel sur les preuves, t. 2, p. 28.)

Nous croyons, en outre, qu'on pourrait distinguer aussi, dans le cas de plusieurs réponses sur le même

l'indivisibilité des réponses est adoptée par Pigeau, *Proc. civ.*, art. 9, n° 2 de ce titre, et Favard, t. 3, p. 117 et 118, n° 12. Nous croyons pouvoir résumer la doctrine de tous les auteurs, en ces termes : 1° Les réponses qui concernent des faits différents, indépendants les uns des autres, peuvent être, dans tous les cas, divisées et prises séparément, en sorte que foi soit ajoutée aux unes, tandis que les autres seront contestées ; 2° S'il y a plusieurs réponses sur un même fait, elles ne pourront être divisées, à moins que la partie, ayant en main les preuves de la fausseté des unes ou les faisant ressortir de quelque contradiction échappée à l'interrogé, ne veuille se prévaloir des autres, car l'interrogé n'est pas admis à se rétracter. Nous croyons que ces règles sont en effet celles qu'il faut suivre. Mais la cour de cassation a tranché la difficulté d'une façon beaucoup plus nette et plus hardie, en décidant en général, par son arrêt du 6 avril 1836 (Sirey, t. 36, p. 747), que les juges peuvent toujours scinder les réponses d'un interrogatoire, sans violer les dispositions du Code sur l'aveu judiciaire qui sont étrangères à l'espèce.

Voici comment s'exprime sur ce point Boncenne, t. 1, p. 391 : « Un interrogatoire est une suite de demandes et de réponses qui forment autant d'articles différents, et donnent lieu, par conséquent, à autant d'aveux ou de dénégations. Chaque aveu ne peut en soi être divisé; mais il n'est pas défendu de le séparer de ceux qui précèdent et qui suivent. C'est ce que Merlin avait parfaitement établi dans la fameuse affaire de la marquise de Douhault; et c'est ce que la cour de cassation vient de juger le 19 juin 1839. « Considérant que la cour royale n'a nullement scindé les propositions diverses contenues dans l'interrogatoire

---

fait, si parmi elles il en est qui soient justificatives, mais évidemment fausses, et rejeter celles-ci, en sorte que l'indivisibilité des réponses ne soit maintenue qu'autant qu'elles seraient toutes vraisemblables... (*V*. Pigeau, t. 1, p. 211, n° 326; le *Répert.*, v° *Confession;* les auteurs cités par Serpillon, sur l'art. 1er du titre X, n° 13, et enfin les *Quest. de droit* de Merlin, v° *Suppression de titres*, § 1er.)

[Envisagée sous ce dernier point de vue, la question se trouve traitée *in extenso* dans la consultation inédite de Carré que l'on va lire :

« Sans contredit, et c'est l'avis de tous les auteurs en général, un aveu, fait en réponse à un interrogatoire sur faits et articles, a toute la force et tous les effets d'un aveu judiciaire; il admet conséquemment l'application du principe de l'indivisibilité posé dans l'art. 1356, C. civ.

» Mais c'est uniquement dans le cas où il y a aveu fait par une partie à laquelle on ne peut opposer d'autres preuves ou présomptions que celles résultant de son aveu. S'il en est autrement, une partie de la confession ne faisant que corroborer les preuves existantes, il n'y a pas lieu à l'application du principe de l'indivisibilité, relativement à l'autre partie qui tendrait à détruire ou modifier la première.

» Cette proposition, qu'il est facile de justifier en en matière d'aveu volontaire et spontané, paraît incontestable lorsque l'aveu est le résultat d'un interrogatoire.

» 1° *Relativement à l'aveu volontaire,* il fait pleine foi, dit l'art. 1356, C. civ., contre celui qui l'a fait; *il ne peut être divisé contre lui.*

» Ces deux principes ne peuvent être séparés; mais c'est précisément dans la raison qui leur sert de base que se trouve celle pour laquelle le principe de l'indivisibilité ne peut être invoqué dans le cas où il existe des preuves de la fausseté d'une partie de la confession.

» En effet, l'aveu, comme le dit Toullier, t. 6, n° 74, a pour objet ou un fait ou une dette dont la preuve n'existait pas ou était douteuse; il est naturel que la confession d'une partie y supplée; car on ne peut contester son propre témoignage : *Nimis indignum esse judicamus, quod suâ quisque voce dilucidè protestatus est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.* (L. 13, *de non numeratâ pecuniâ.*) Ainsi, il ne serait pas juste de refuser à la partie d'un aveu qui serait favorable à celui qui le donne, la même confiance que l'on accorde à la partie qui lui est contraire. On doit présumer que celui-là a rendu hommage à la vérité qui a déposé contre lui-même, lorsqu'il pouvait contester ou se dispenser de parler, aucune preuve ne lui étant opposée, et conséquemment on devait admettre l'indivisibilité de la confession. Mais cette raison n'existe plus dans le cas où il y a des preuves que l'aveu ne fait que corroborer : il serait déraisonnable, en ce cas, que la partie de la confession qui tendrait à la libération eût, par suite du prétendu principe de l'indivisibilité, le singulier effet de détruire ces preuves. Ainsi, l'on admettait autrefois la divisibilité de l'aveu, même lorsque l'aveu était démenti par sa propre invraisemblance, ou par une présomption de droit, ou par des indices de fraude et de simulation, ou enfin par des commencements de preuve par écrit.

» 2° *Relativement à l'aveu forcé résultant d'un interrogatoire,* la doctrine devient incontestable et s'appuie de l'autorité de Pigeau, t. 1, p. 183, n° 289. Cet auteur admet que l'interrogatoire n'est pas divisible quand la partie qui le requiert n'a aucune preuve en main, ou dans l'interrogatoire, de la fausseté de la déclaration. Mais il maintient la divisibilité dans le cas contraire, et même lorsqu'il existe des raisons d'invraisemblance, des présomptions, et un commencement de preuve par écrit.

» Pothier, *des Oblig.*, n° 8, justifie cette opinion par son imposant suffrage, et il en établit le fondement sur l'objet que se propose celui qui a requis l'interrogatoire : « Celui qui fait interroger, dit-il, ne le fait » pas dans l'intention de faire dépendre la décision de » la question de ce que la partie répondra, mais pour » tirer à son profit quelques preuves ou présomptions » des aveux ou des contradictions : *Ut confitendo vel* » *mentiendo se oneret.* » Et Pigeau ajoute : « Il y a » une grande différence entre le cas où, une partie » n'ayant aucune preuve en main, ou dans l'interrogatoire, de la fausseté de la déclaration, l'aveu ne peut » être divisé, et celui où elle a des preuves ou semi-» preuves ; alors, en effet, si l'interrogé affirme le contraire de ce qu'elles contiennent, il doit s'en prendre » à lui seul de n'avoir pas dit la vérité. Il est encore naturel, ajoute l'auteur, lorsqu'on trouve des contradictions dans l'interrogatoire, de s'en servir, puisque » l'on n'use de cette voie que dans le dessein de parvenir à la vérité par des aveux ou des contradictions. »]

dont il s'agit, en adoptant une portion de tel ou tel aveu, et en rejetant l'autre portion; qu'elle n'a fait que repousser, *en totalité*, et sans division, certaines propositions, et retenir aussi pour le tout d'autres propositions qui ont servi de base à sa décision; qu'ainsi elle n'a aucunement violé les principes du Code civil sur l'indivisibilité de l'aveu judiciaire. (Sirey, t. 39, p. 462.)]

Secondement, quant à l'application de l'article 1353, relatif aux présomptions, nous avons encore à remarquer que tout ici est abandonné aux lumières et à la conscience du juge; c'est pourquoi l'art. 330, à la différence de l'art. 4 du tit. X de l'ordonnance, qui voulait que les juges tinssent les faits pour avérés, lorsque la partie avait refusé de répondre, leur laisse la faculté de les tenir pour tels; d'où suit qu'un tribunal est libre de tirer telles inductions qu'il juge convenable des réponses qui auraient été faites, en observant toutefois qu'elles ne peuvent, aujourd'hui surtout qu'elles ne sont point données sous le sceau du serment, former une preuve en faveur de l'interrogé, et qu'elles ne fournissent, comme toute confession judiciaire, qu'un titre pour sa partie adverse. (*V.* Pothier, *Oblig.*, n° 26; Duparc-Poullain, t. 9, p. 468; le *Discours du tribun Perrin*, et Berriat, not. 37.)

[Nous n'hésitons pas à nous ranger à cet avis.]

Troisièmement, il nous reste à examiner si l'on peut tirer, d'un interrogatoire sur faits et articles, un commencement de preuve par écrit qui puisse faire admettre la preuve testimoniale.

Pigeau, t. 1, p. 183, n° 289, résout affirmativement cette question, contre l'opinion ci-dessus rapportée de Thomine. S'il résulte, dit-il, des contradictions de l'interrogatoire, sinon la preuve du fait allégué par le demandeur, du moins que ce fait est vraisemblable, la preuve testimoniale de ce fait peut être admise; car cette vraisemblance est le caractère du commencement de preuve par écrit, d'après l'art. 1347, C. civ.

Nous ajoutons que la cour de cass., par arrêt du 20 fruct. an XII (*Quest.*, v° *Suppression de titres*), a décidé que des aveux consignés dans un interrogatoire fait même devant un tribunal criminel, avaient pu être réputés des commencements de preuve par écrit. Les motifs de cet arrêt sont fondés sur la règle qui assimile la preuve confessionnelle à la preuve littérale, combinée avec les dispositions des art. 2 et 3 du tit. XX de l'ord., dont l'un défendait la preuve par témoins pour toutes conventions excédant 100 fr., tandis que l'autre la permettait lorsqu'il y avait commencement de preuve par écrit.

Néanmoins, par un autre arrêt du 1er juillet 1806, la même cour paraîtrait avoir décidé le contraire, en déclarant qu'une dissemblance alléguée entre des déclarations judiciaires, outre qu'elle ne donnait soupçon ni de dol ni de fraude, ne présentait pas le commencement de preuve écrite qu'exige la loi.

Nous ne croyons pas qu'il existe d'opposition entre ces deux arrêts, ainsi qu'on l'a supposé. (Voy. *Dict. des arrêts* de Loiseau, t. 1, p. 74.) Il faut remarquer que, dans l'espèce du premier, les aveux avaient été précédés de déclarations mensongères et accompagnés de variations plus ou moins choquantes; ce qui faisait dire à Merlin, *ubi suprà*, que les parties avaient fourni contre elles-mêmes des *présomptions* très-fortes et équipollentes à un commencement de preuve par écrit. Au contraire, dans l'espèce du second arrêt, la cour de cassation n'a pas trouvé, dans la dissemblance des déclarations judiciaires, de telles présomptions, qui, en rendant vraisemblable le fait allégué, eussent pu les faire considérer comme opérant un commencement de preuve.

Ainsi, la cour ne nous paraîtrait pas avoir décidé, en point de droit, que les aveux judiciaires ou les contradictions d'une partie interrogée ne pouvaient jamais former un commencement de preuve par écrit.

Et en effet, un aveu judiciaire consigné dans un acte de procédure, des réponses écrites dans un procès-verbal d'interrogatoire, ne sont-ils pas des *actes émanés de la partie?* Et, s'ils sont tels qu'ils rendent *vraisemblable* le fait auquel ils se rapportent, n'est-ce pas faire une juste application de l'art. 1347, Code civil, que de les considérer comme devant produire un commencement de preuve par écrit (1)?

---

(1) Nous ne devons pas dissimuler que le système que nous adoptons ici a contre lui l'opinion de notre respectable confrère Berriat. « Ce système, dit-il, auquel » on peut aussi opposer des décisions de tribunaux et » d'auteurs, nous paraît, d'une part, offrir des inconvénients très-graves; car il serait très-facile de se » procurer, au moyen de l'interrogatoire, des commencements de preuve par écrit; et, de l'autre, il » peut concorder avec la définition précise que le Code » civil, art. 1347, donne de ce commencement de » preuve. » Nous nous en référons, pour soutenir notre opinion, aux motifs développés par Toullier, t. 9, n° 116. Mais sur une question de cette importance, et sur laquelle deux auteurs recommandables émettent une opinion différente, nous ne devons dissimuler aucun des moyens sur lesquels on pourrait appuyer celle que nous combattons.

Nous dirons donc que Salviat, dans son *Rec. de jurisp. du Parlement de Bordeaux*, v° *Audition catégorique*, cite un arrêt de 1768 qui semble fournir une autorité à ceux qui croiraient devoir soutenir l'opinion contraire à la nôtre. Mais est-il bien certain que cet arrêt ait statué en pur point de droit? N'aurait-il pas, comme l'arrêt de la cour de cassation du 1er juillet 1806, ci-dessus rapporté, jugé seulement, dans l'espèce particulière sur laquelle il a prononcé, que les

[La jurisprudence est aujourd'hui bien fixée pour la solution affirmative de cette question; Favard, t. 3, p. 118, n° 12, Dalloz, t. 18, p. 171, n° 20, Boncenne, n° 391, la professent aussi; et Thomine lui-même s'est rangé à cette opinion, n°s 374 et 382, ainsi que nous l'avons déjà fait observer *suprà*.

Ainsi les inductions résultant d'un interrogatoire sur faits et articles peuvent être considérées, suivant les circonstances, comme formant un commencement de preuve par écrit, et rendant admissible la preuve testimoniale. (Bordeaux, 6 avril 1832; Rouen, 8 avril 1824; Sirey, t. 26, 2°, p. 73; et 9 fév. 1838; Paris, 26 nov. 1836; Sirey, t. 37, p. 34; cass., 11 janvier 1827; Sirey, t. 27, p. 91; 19 mars 1835; Sirey, t. 37, p. 747; 6 avril 1836, et 19 juin 1839).]

1263. *Quelle est celle des parties qui doit supporter les frais de l'interrogatoire?*

L'art. 10 du tit. X de l'ordonnance voulait que ces frais fussent toujours à la charge de celui qui avait requis l'interrogatoire.

La cour de Rouen insistait, dans ses observations sur le projet, afin que cette disposition fût maintenue.

Celle de Nanci demandait, au contraire, qu'on laissât à la prudence des tribunaux de prononcer sur cette question.

Merlin, *Rép.*, v° *Interrog.*, dit que, la disposition de l'ordonnance ne se trouvant pas dans le Code de procédure, elle est conséquemment abrogée par l'art. 1041 de ce Code; et nous croyons qu'on ne saurait élever aucun doute sur cette opinion, puisque le Tarif taxe (art. 29 et 70), la requête, les ordonnances et la signification de l'interrogatoire : c'est bien décider, sans doute, que les frais sont mis à la charge de celui qui succombe. Tel est aussi le sentiment de tous les auteurs (1).

[Et avec raison : *voyez*, dans ce sens, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 593, et Thomine, n° 382.]

Art. 336. Seront tenues les administrations d'établissements publics de nommer un administrateur ou agent, pour répondre sur les faits et articles qui leur auront été communiqués : elles donneront, à cet effet, un pouvoir spécial dans lequel les réponses seront expliquées et affirmées véritables, sinon, les faits pourront être tenus pour avérés; sans préjudice de faire interroger les administrateurs et agents sur les faits qui leur seront personnels, pour y avoir, par le tribunal, tel égard que de raison.

Ordonn., tit. X, art. 9. — Code de proc., art. 1032. —[Locré, t. 9, p. 236] (2).

CCLXXVIII. Nous avons vu que celui qui doit subir un interrogatoire est obligé de comparaître et de répondre en personne. Cette règle générale ne pouvait, sans de graves inconvénients, être suivie par les administrations et établissements publics : il était donc nécessaire d'admettre une exception en faveur de ces parties. Aussi, la loi ne les oblige, quand elles ont à répondre aux faits et articles qui leur ont été communiqués dans la forme ordinaire, qu'à nommer un administrateur ou agent chargé de leur pouvoir pour transmettre leur réponse. Il faut observer qu'alors le pouvoir doit être spécial et renfermer toutes les réponses clairement expliquées, et affirmées véritables, de sorte que le mandataire n'ait qu'à présenter son mandat pour remplir le but de la justice, sinon les faits peuvent être tenus pour avérés et le jugement définitif prononcé en conséquence.

[La même marche doit être suivie à l'égard de toutes réunions de personnes qui procèdent en nom collectif. Ainsi on peut faire interroger :

1° Les sociétés en nom collectif, soit tous les membres, soit quelques-uns, soit seulement les administrateurs. (*Voy.* Code comm., art. 20, 21, 22 et 39.)

---

réponses dont on se prévalait contre l'interrogé n'avaient point le caractère d'un commencement de preuve quelconque, parce qu'elles étaient trop vagues, trop peu précises; ou, enfin, n'aurait-il pas été fondé sur tout autre motif, tiré des circonstances de la cause, en sorte que la décision aurait été plutôt rendue en fait qu'en droit? L'éditeur ne s'étant aucunement expliqué à cet égard, nous persistons dans notre sentiment, en ajoutant, pour le justifier, un troisième arrêt de la cour de cassation du 5 juillet 1808 (Dalloz, t. 21, p. 288; Sirey, t. 8, p. 435), lequel décide que, *si l'interrogatoire paraît fournir un commencement de preuve par écrit*, le tribunal peut, en appliquant l'article 1367, C. civ., ordonner le serment supplétif de la partie qui l'a requis.

[Cette partie peut aussi déférer le serment décisoire à l'interrogé, en vertu du principe que la procédure d'interrogatoire n'exclut aucun des autres genres de preuve. C'est l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 593. Il n'en pouvait être de même, lorsque la législation prescrivait le serment préalable de l'interrogé : c'eût été lui demander deux fois la même chose.]

(1) Nous remarquerons que l'on doit comprendre parmi ces frais ceux du voyage de l'interrogé. (Arg. de l'art. 146 du *Tarif, in fine*.)

(2) JURISPRUDENCE.

[De ce qu'un préfet est président-né du conseil des hôpitaux, il ne s'ensuit pas qu'il puisse être assimilé aux administrateurs des établissements publics, et soumis en cette qualité à l'interrogatoire sur faits et articles, sur des actes de son administration. Un préfet peut et doit s'opposer à l'exécution d'une telle disposition judiciaire. (Arrêté du conseil d'État du 22 janvier 1808.)]

2° Les sociétés en commandite, soit tous les membres responsables ou solidaires, ou quelques-uns d'entre eux, soit même les commanditaires, par exemple quand on prétend qu'ils ont géré, qu'ils ont été employés pour les affaires de la société, soit comme mandataires, soit comme administrateurs. (*Voy.* C. comm., art. 23, 28, 38 et 39.)

3° Les sociétés anonymes en la personne de leurs mandataires (*voy.* C. comm., art. 29, 32); mais non les associés personnellement, parce qu'ils n'ont aucune part à l'administration, par conséquent aux faits pour lesquels on peut faire interroger, et que d'ailleurs ils ne sont passibles, suivant l'art. 33, que de la perte du montant de leur intérêt dans la société.

4° Les sociétés civiles, soit tous les membres, soit quelques-uns, soit seulement les administrateurs. (*Voy.* C. civ., art. 1856, 1860.)

5° Enfin, les unions de créanciers, soit tous ou quelques-uns d'eux, soit leurs administrateurs seulement.

Ces observations sont empruntées à Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 594.]

1264. *L'administrateur ou l'agent nommé pour prêter l'interrogatoire peut-il lire ses réponses, et être interrogé d'office?*

Nous décidons l'affirmative sur le premier point, et la négative sur le second, parce que nous trouvons à faire ici une exception qui résulte de la nature des choses.

L'administrateur nommé pour prêter l'interrogatoire ne peut excéder les limites du pouvoir spécial qui contient l'explication et l'affirmation des réponses; d'où suit qu'il peut les faire en lisant cet acte, et que celles qu'il donnerait sur des interrogats posés d'office ne pourraient, en aucune manière, lier l'administration qui l'aurait commis. (*Voy.* Demiau, p. 244, et Berriat, not. 17.)

[C'est encore l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 594, et de Favard, t. 3, p. 117, n° 10. Thomine, n° 382, pense, au contraire, qu'on peut adresser à l'agent des questions d'office. Nous préférons la première opinion; mais il faut excepter le cas où l'agent serait interrogé sur des faits à lui personnels : la règle de l'article 333 reprendrait alors son empire.]

[**1264** bis. *L'agent dont parle l'art. 336 doit-il être un employé qui participe à l'administration de l'établissement, ou bien un individu quelconque chargé de la procuration des administrateurs, par exemple l'avoué qui occupe dans la cause?*

La cour de Toulouse s'est formellement prononcée pour la première branche de cette alternative, le 27 juin 1838 (Sirey, t. 39, p. 72), en refusant d'admettre à prêter l'interrogatoire l'avoué qui occupait pour un hospice, mais qui était complétement étranger à son administration. Nous approuvons cette décision. Si la loi a voulu que, dans les cas ordinaires, lorsque l'interrogatoire s'adresse à un individu, il ne pût être prêté que par lui-même, il est naturel de penser que, lorque, par la force des choses, ce vœu ne peut être complétement rempli, le législateur a entendu qu'on s'en rapprochât du moins le plus possible, et que la partie, être moral, ne pouvant répondre en personne, on interrogeât ceux qui la représentent, ceux qui ont le droit de gérer ses affaires, d'exercer ses actions.

Cependant on nous a soumis, contre l'arrêt de la cour royale de Toulouse, quelques objections auxquelles nous devons répondre.

Le mot *agent* signifie, dit-on, celui qui agit pour autrui, à quelque titre que ce soit; il n'exclut donc pas le simple mandataire chargé d'agir pour une affaire particulière. Oui : mais s'il ne l'exclut pas, il faut convenir aussi qu'il ne le désigne pas nécessairement; et ce titre peut s'appliquer aussi bien, si ce n'est mieux, à la personne qui exerce en général toutes les actions appartenant à une autre.

La loi, ajoute-t-on, se sert de ces deux expressions : *administrateur* ou *agent;* elle a soin de les séparer par une disjonctive; d'où il suit que ce qu'elle entend par *agent,* est quelque chose de distinct de l'*administrateur*, et qui a un tout autre caractère. Nous expliquons cette double dénomination en faisant observer que celle d'administrateur est propre et convient plus spécialement aux personnes qui régissent certains établissement publics, tandis que ce nom n'appartient pas aux chefs de quelques autres, lesquels prennent le titre de *directeurs*, *inspecteurs*, *proviseurs*, etc., etc.; longue nomenclature que le législateur a voulu éviter en lui substituant le terme générique d'*agent.* Mais il n'y a rien qui prouve, dans tout cela, qu'on ait voulu l'appliquer à des personnes étrangères à l'administration.

On insiste en disant que, dans l'espèce de l'arrêt cité plus haut, s'agissant d'un hospice dont la régie n'est pas confiée à d'autres agents que les administrateurs, l'alternative de l'article 336, *administrateur* ou *agent*, serait sans application, si on ne prenait pas ce dernier mot dans le sens d'un mandataire ordinaire. Cette objection n'est pas sérieuse. On oublie que l'art. 336 n'a pas été fait seulement pour les hospices, mais pour tous les genres d'établissements publics, ce qui justifie suffisamment l'emploi d'un terme générique conjointement avec le terme spécial le plus usité.

Enfin on objecte l'inutilité de la présence d'un administrateur pour apporter devant le juge-commissaire des réponses qui sont d'avance tracées par écrit, auxquelles le répondant ne peut rien changer, et que par conséquent tout chargé de pouvoir est également propre à présenter, avec d'autant plus de raison que les

interrogations d'office ne sont pas autorisées.

A prendre dans toute son étendue le principe sur lequel repose cette objection, on pourrait aller plus loin, et dire que rien n'est inutile comme la comparution d'un individu quelconque devant un juge-commissaire, pour apporter de telles réponses; qu'il n'est besoin pour cela, ni d'administrateur, ni d'agent, ni de mandataire; que la signification d'un simple acte d'avoué à avoué, contenant les réponses, serait suffisante.

Mais, si nous avons décidé, sur la question précédente, que les interrogations d'office ne peuvent être adressées au représentant d'un établissement public, c'est néanmoins avec cette restriction qu'il pourra les subir relativement aux faits qui lui sont personnels. Or, quels seraient, nous le demandons, les faits personnels, afférents à la cause, sur lesquels pourrait être interrogé un homme étranger à l'administration?

La doctrine de la cour de Toulouse nous semble donc parfaitement conforme à la loi.]

1265. *Les réponses d'un administrateur ou d'un agent à des questions relatives à des faits qui lui seraient personnels, obligeraient-elles l'administration qu'il représente?*

La loi dit que le tribunal peut avoir à ces réponses *tel égard que de raison* : la question que nous venons de poser sera donc toujours décidée d'après les circonstances, en sorte que les réponses de l'adminstrateur ou agent, sur des faits qui lui seraient personnels, ne seront opposées à son administration qu'autant qu'il aurait agi, relativement à ces faits, dans les bornes d'un mandat qu'il aurait reçu d'elle. (*Voy.*, pour l'application de cette décision, Pigeau, t. 1, p. 185, n° 289.)

[Nous partageons ce sentiment : nous ferons observer avec Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 595, que, pour que l'administrateur soit interrogé sur des faits personnels, il est nécessaire qu'il soit *partie* en cause, soit comme représentant judiciaire de l'établissement public, soit de son propre chef. Autrement l'art. 324 serait violé.]

[**1265 bis.** *L'agent interrogé doit-il préalablement prêter serment de dire la vérité?*

On a pensé que cette précaution pouvait être utile pour l'avantage que l'on perd en ne pouvant le faire interroger d'office. Mais cette raison n'est d'aucun poids. Car, s'il répond sur des faits qui ne lui sont pas personnels, il transmet des réponses qui lui ont été dictées. Comment exigerait-on qu'il les affirmât par l'acte le plus personnel qui se puisse concevoir, le serment?

Si, au contraire, il répond sur ses propres faits, l'interrogatoire d'office pourra avoir lieu. C'est l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 595.]

TROISIÈME SUBDIVISION.

DE LA PROCÉDURE INCIDENTE RÉSULTANT DE DEMANDES NOUVELLES FORMÉES SOIT PAR LE DÉFENDEUR, SOIT PAR DES TIERS OU CONTRE EUX, DANS LE COURS D'UNE INSTANCE.

TITRE XVI.

DES INCIDENTS OU DES DEMANDES INCIDENTES, DE LA RECONVENTION, DE L'INTERVENTION ET DE LA DÉCLARATION DU JUGEMENT COMMUN.

Nous avons dit, t. 2, p. 102, ce que l'on entendait, en général, par le mot *incident*; et, d'après la définition que nous avons donnée, nous avons considéré, comme formant autant d'incidents particuliers, les différentes exceptions, contestations ou événements quelconques qui surviennent dans le cours d'une instance.

La plupart d'entre eux ne tiennent qu'à l'instruction d'un procès, et ne changent rien à son état, quant au fond. Les autres, au contraire, ajoutent d'autres contestations à la contestation primitive, et prorogent ainsi la juridiction du juge pour statuer à leur égard, en même temps que sur la première, et par un seul et même jugement, comme s'il n'y avait qu'un seul procès.

Ce sont ces contestations, élevées à la suite ou à l'occasion d'une autre dont le tribunal est déjà saisi, que le titre XVI de notre Code appelle *incidents*.

Ou il surviennent entre ces parties elles-mêmes, et il les qualifie demandes *incidentes* (*voy.* ci-après, § 1er); ou ils sont élevés contre elles par un tiers, et ils prennent le nom d'*intervention* (*voy.* § 2); ou enfin ils sont formés

par l'une des parties contre un tiers qu'elle contraint d'intervenir, et ils constituent l'*action en déclaration de jugement commun*, sur laquelle le Code de procédure garde le silence.

§ 1er. — *Des demandes incidentes.*

Il suit de ce qui précède que la demande incidente proprement dite n'est qu'une demande nouvelle, formée pendant le cours d'une instance principale, soit par l'une, soit par l'autre des parties.

Si elle l'est par le demandeur originaire, elle conserve le nom de *demande incidente;* mais, pour la distinguer de celle que formerait le défendeur contre le demandeur, nous voudrions l'appeler *demande additionnelle.* On risque, en effet, de confondre et de fausser les idées, en se servant de la même expression comme dénomination tout à la fois *générique* de deux objets différents, et *spécifique* de l'un de ces objets seulement. Lorsqu'au contraire la demande nouvelle est opposée par le défendeur, elle prend le nom de *reconvention* ou *demande reconventionnelle* (1).

On peut la définir une demande que le défendeur cité en justice forme à son tour, devant le même juge, contre le demandeur, afin d'anéantir ou de restreindre les effets de l'action intentée par celui-ci.

C'est une règle depuis longtemps consacrée par notre jurisprudence, que les tribunaux ne peuvent admettre comme demandes incidentes celles qui doivent être l'objet d'une action principale. Cette règle doit être observée d'autant plus rigoureusement que, sans elle, on pourrait non-seulement éluder l'essai de conciliation, dans beaucoup de cas où la loi l'exige, mais encore éterniser la procédure la plus simple, en introduisant à son gré, dans le cours de l'instance, une demande incidente, arrangée de manière à présenter beaucoup de difficultés.

On ne peut donc faire de toutes sortes de prétentions l'objet d'une demande incidente. Il n'y a que celles qui servent de réponse contre la demande principale, ou qui ont avec elle une connexité, ou qui ne sont nées que depuis l'action, qui puissent être jugées et instruites incidemment; telles sont les demandes en compensation, en provision, en payement de loyers échus, ou de dommages causés depuis l'action principale.

Il faut, en général, pour qu'une demande puisse être opposée contre une action principale, que toutes les deux proviennent de la même source, de la même affaire ou de la même convention : *Ex eodem fonte, sive ex eodem negotio, vel eodem contractu* (2).

Néanmoins il est, en matière de compensation, une remarque importante à faire; c'est que, dans le cas même que la demande incidente ne procède pas *ex eodem fonte et negotio*, si la dette opposée en compensation est claire et liquide, le tribunal recevra la demande reconventionnelle, pour y faire droit en même temps que sur la demande principale, afin que la compensation s'opère, s'il y a lieu (3).

Art. 337. Les demandes incidentes seront formées par un simple acte contenant les moyens et les conclusions, avec offre de communiquer les pièces justificatives sur récépissé, ou par dépôt au greffe.

Le défendeur à l'incident donnera sa réponse par un simple acte.

Tarif 71. — [Tar. rais., nos 252 et 253.] — Ord. de 1667, tit. XI, art. 27. — C. pr., art. 77, 82, 188 et suiv., 406. — [Devilleneuve, vo *Incident*, nos 1 à 12. — Carré, *Compét.*, art. 231, *Q.* 210 et 255, art. 274, no CLXXVII. — Locré, t. 9, p. 236, 296] (4). — (*Voy.* Formules 292 et 293.)

CCLXXIX. Par cet article, la loi autorise la réunion de diverses demandes incidentes qu'une partie aurait à former; elle veut qu'un simple

(1) « Ce mot *reconvention,* dit Toullier, t. 7, no 348, » note 1, vient du latin *convenire,* citer en justice, » *vocare in jus;* de *convenire* est venu *conventio,* » citation en justice, *vocatio in jus.* Le réduplicatif » *reconvenire* signifie donc *iterùm convenire,* et, en » matière de compensation, *convenire vicissim apud* » *eumdem judicem.* » S'il est permis de s'exprimer ainsi, c'est la *réaction* du défendeur contre le demandeur; c'est une *contre-action* que le premier forme contre son adversaire.

Il est essentiel de voir la discussion approfondie dans laquelle Toullier est entré sur les principes et les effets, en droit, de la reconvention. (*Voy.* t. 7, nos 348 et suiv.)

(2) Exemple : Un propriétaire assigne le locataire d'une maison, pour qu'il ait à la garnir de meubles suffisants; le locataire peut répondre, en demandant qu'on lui fasse les réparations nécessaires pour rendre la maison habitable, et cette demande reconventionnelle procédera, parce qu'elle prend sa source dans le même contrat que la demande principale. Mais si une personne assignée en payement d'une somme d'argent opposait que le demandeur lui doit une servitude réelle, on la déclarerait non recevable dans sa reconvention, sauf à elle à se pourvoir par action principale.

(3) *Voy.* la définition de Toullier, t. 7, no 363, et ce qu'il établit pour la justifier, no 408.

(4) JURISPRUDENCE.

[1o Lorsqu'il s'élève un incident à l'audience d'une cour royale jugeant en audience solennelle, la cour peut renvoyer à l'une de ses chambres le jugement de cet incident (Cass., 18 mars 1817; Sirey, t. 18, p. 72).

2o Dans le cours d'une action en rescision, on ne peut former incidemment une demande en nullité de l'acte de vente, et suivre simultanément sur les deux demandes (Paris, 13 juillet 1810).

3o Une demande en résolution de la vente d'un im-

acte en énonce les moyens et les conclusions, et réciproquement qu'un même acte contienne la réponse. Au moyen de ces deux écrits, tout est consommé jusqu'à ce que la discussion s'ouvre à l'audience. Mais notre article ne détermine point les délais dans lesquels devront être faites les communications, les réponses, etc.; et de là suit que, si l'audience provoquée par l'une des parties a lieu avant que l'autre ait notifié sa réponse, cette réponse est donnée verbalement à l'audience, sauf au tribunal à ordonner une remise, si les circonstances l'exigent. En tout cas, la remise doit n'être accordée qu'à bref délai; car le but de la loi est que la procédure dont il s'agit se poursuive avec célérité (1).

[**1265 ter.** ***Un tribunal d'exception peut-il retenir la connaissance des incidents qui s'élèvent dans une contestation pendante devant lui, quoiqu'ils soient par leur nature hors de sa compétence?***

La compétence *ratione personæ*, n'étant pas d'ordre public, cède aisément au besoin et à l'avantage de faire juger ensemble deux contestations qui ont la même source. Aussi, bien que le demandeur n'ait pas son domicile dans le ressort du tribunal civil devant lequel il a traduit le défendeur, celui-ci peut valablement élever contre le premier un incident relatif à une obligation personnelle, et le faire juger par le tribunal saisi de l'affaire principale. Il n'en est pas de même de la compétence *ratione materiæ;* celle-ci est d'ordre public, et ne souffre pas d'exception. (Voy. *Quest.* 771 *bis*, § 1er.) Cette observation nous conduit naturellement à la solution négative de la question ci-dessus, solution déjà consacrée par deux arrêts de la cour de cass. du 28 mai 1811 (Sirey, t. 11, p. 261), que Favard rapporte en les approuvant, t. 2, p. 457.]

1266. ***Peut-on former une demande incidente lorsqu'une partie n'a pas constitué d'avoué?***

L'art. 337, en disant que les demandes incidentes seront formées par un simple acte, suppose la présence des parties sous l'instance principale : toutes les fois donc qu'une d'elles est défaillante, il n'y a pas lieu à former de demandes de cette nature, ainsi que nous l'avons dit sur la *Quest.* 620, t. 2, p. 27. (*Voy.* les développements donnés sur cette solution dans les *Questions* de Lepage, p. 221.)

[En effet, la partie qui se laisse condamner sur la demande principale, peut-être parce qu'elle la trouve juste, se serait défendue sur la demande incidente si elle avait pu la prévoir. Il est donc nécessaire de la lui faire connaître. Un nouvel ajournement peut seul remplir ce but, sauf à faire joindre. C'est ce qu'enseignent aussi Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 597, Favard, t. 3, p. 16 et 17, n° 1, Thomine, n° 383, et Boitard, t. 2, p. 4.]

1267. *De ce que l'art. 337 veut que les demandes incidentes soient signifiées d'avoué à avoué, s'ensuit-il qu'elles ne soient pas autorisées dans les justices de paix ni dans les tribunaux de commerce, où le ministère d'avoué n'est pas admis?*

Non, sans doute; mais, comme on ne fait aucune écriture sous le cours des instances pendantes en ces juridictions, les demandes incidentes sont formées à l'audience. (*Voy.* Lepage, *ubi suprà.*)

[Favard, t. 3, p. 17, n° 1, pense, avec raison, comme Carré. L'intervention peut aussi avoir lieu devant ces tribunaux, mais par acte à partie.]

1268. ***Mais pourrait-on, même dans les tribunaux de première instance, former à l'audience une demande incidente?***

Les auteurs du comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 399, décident l'affirmative, en se fondant sur ce qu'on remplirait éminemment les intentions manifestes du législateur, qui sont de diminuer autant que possible les frais que les demandes dont il s'agit pourraient occasionner.

Mais puisque l'art. 337 exige que le simple acte par lequel ces demandes seraient formées en contienne *les moyens et les conclusions*, c'est, sans doute, parce qu'il a été dans l'intention du législateur que la partie en fût instruite avant l'audience, et pût préparer les réponses, qu'elle peut également donner par un simple acte : de là nous concluons, contre le sentiment des auteurs précités, qu'en général la partie contre laquelle une demande incidente serait formée, peut opposer avec succès la fin de non-recevoir résultant du défaut de signification. (*Voy.* Merlin, *Quest.*, v° *Intervention*, § 2.) (2).

[La loi n'ayant prononcé aucune déchéance

---

meuble peut être formée incidemment dans l'instance d'ordre du prix de cet immeuble (Amiens, 24 mars 1821).

4° Une demande reconventionnelle est valablement formée par exploit à domicile. (Poitiers, 13 fév. 1827; Sirey, t. 28, 2e, p. 49.) L'art. 337 introduit facultativement un mode plus simple, mais il n'exclut pas le mode ordinaire.]

(1) On sait qu'*en matière sommaire,* il ne doit point y avoir de réponse écrite contre la demande incidente, puisqu'il n'y en a pas même contre la demande principale.

[Favard, t. 3, p. 16, n° 1, et Thomine, n° 384, font, avec raison, la même observation.]

(2) C'est aussi ce qu'admettait la cour de Bruxelles, dans ses observations sur le projet, en disant que les demandes incidentes pouvaient être formées par acte d'avoué à avoué, *pourvu qu'elles fussent signifiées avant l'audience.* Mais, comme il peut arriver des

de rigueur, il nous semble qu'il doit appartenir aux juges, ainsi que le fait pressentir Carré, d'accueillir la fin de non-recevoir, ou bien d'accorder un délai pour répondre. C'est aussi l'opinion de Thomine, n° 384. La cour de Bourges a jugé, le 10 déc. 1830 (Sirey, t. 31, p. 165), qu'il n'y avait pas nullité dans une demande incidente formée à l'audience.]

[1268 bis. *Peut-on former des demandes incidentes quand y il a partage?*

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 598, deuxième alinéa, et p. 281, quatrième alinéa, enseigne la négative : 1° parce que toute instruction a dû être close au moment où le jugement de partage a eu lieu, et que l'affaire doit se présenter devant les juges appelés pour lever le partage dans le même état où elle était lors de ce partage; 2° parce que le fait du partage est un événement étranger aux deux parties, et qui ne doit ni leur nuire, ni leur profiter; 3° parce que le jugement existe dans l'une des opinions partagées, puisque le juge appelé doit choisir entre elles, et que le jugement sur le partage ne fera que décider dans laquelle des deux opinions réside le jugement de la contestation.

Nous adoptons cette opinion, suite nécessaire de celles que nous avons admises sous les nos 443, 444 et 493 *quater.*]

[1268 ter. *Un tribunal ne serait-il compétent pour statuer par reconvention, qu'autant que la demande aurait pour objet de parvenir à une compensation?*

Toullier, t. 7, nos 396 et suiv., soutient l'affirmative dans une savante discussion. Carré, comme on l'a vu, *suprà,* et encore en ses *Lois de la compét.,* n° 251, n'adopte pas la restriction apportée par Toullier aux demandes reconventionnelles. D'accord avec Pigeau, t. 1, p. 275, n° 395, il dit que la reconvention est admise toutes les fois qu'elle est de nature à influer sur la demande principale, parce que, devant modifier celle-ci, la restreindre, ou anéantir ses effets, elle est la défense à cette demande principale. Cette opinion nous paraît devoir être suivie : ce n'est en effet que lorsque la demande reconventionnelle est entièrement étrangère à la demande principale, que l'intérêt de la justice exige qu'elles soient séparées, pour que l'une n'entrave pas l'autre; mais lorsqu'elles ont de la connexité, les deux parties ont intérêt à ce que l'instruction des deux affaires ait lieu en même temps, et devant les mêmes juges.]

[1268 quater. *Une demande en garantie peut-elle être intentée sous la forme d'une demande incidente, par acte d'avoué à avoué, contre une partie qui déjà se trouve en cause?*

La jurisprudence ne donne point de lumières sur cette question qui n'est pas non plus traitée par les auteurs. Mais il nous semble qu'elle doit être résolue par l'affirmative. En premier lieu, le principal but dont s'est préoccupée la loi, en traitant de l'exception de garantie, c'est de faire que l'appel du garant ne causât que le moins possible de retard au jugement de l'action primitive. N'est-ce pas entrer dans ses vues que de remplacer la forme ordinaire de l'ajournement par un acte d'avoué à avoué? D'un autre côté, le garant ne pourra se plaindre d'une trop grande précipitation, puisque étant déjà dans la cause, il est censé la connaître à fond, et prêt à se défendre sur tous les incidents qu'elle peut faire naître. Enfin, la demande en garantie rentre parfaitement dans la définition que les auteurs donnent des demandes incidentes. Ils admettent comme telles, et Carré le dit lui-même aux préliminaires de ce titre, les demandes qui ont avec la demande principale une connexité évidente; or, quelle connexité plus grande que celle qui existe entre deux contestations dont l'une est engagée dans le but de se garantir des effets de l'autre? La loi le reconnaît si bien que, par les art. 59 et 181, elle exige que ces deux demandes soient jugées au même tribunal, alors même que la seconde aurait été intentée, par exploit séparé, contre un individu non justiciable, à raison de son domicile, du tribunal où la première serait pendante? (*Voy.* notre *Quest.* 1265 *bis.*)

Ainsi la demande en garantie, par voie incidente, contre l'une des parties en cause, doit être admise sans difficulté, comme le serait l'appel incident d'un intimé contre l'autre. (*V.* la *Question* 1575.)

Vainement dirait-on que l'avoué de la partie ainsi appelée en garantie, n'ayant pas reçu d'instruction pour cet incident, sera obligé de demander un renvoi. C'est là ce qui arrive pour toute demande incidente que la partie n'avait pu prévoir d'avance.]

---

cas où les demandes incidentes seraient amenées par la plaidoirie même, et où il deviendrait nécessaire que la partie les formât de suite, afin qu'on ne lui opposât pas son silence, la même cour faisait observer qu'on devait permettre de les former à l'audience, à la charge de signification *dans le jour,* et sauf à faire supporter les frais à la partie, s'il était jugé que la demande aurait pu être formée plus tôt.

Nous admettons cette exception, fondée sur la nécessité, mais en remarquant que la signification pourrait être faite aussi longtemps que la partie défenderesse à l'incident n'aurait pas obtenu jugement qui le rejetât faute de signification. — (*Voy.* Régl. du 30 mars 1808, art. 33.)

Art. 338. Toutes demandes incidentes seront formées en même temps; les frais de celles qui seraient proposées postérieurement, et dont les causes auraient existé à l'époque des premières, ne pourront être répétés.

Les demandes incidentes seront jugées par préalable; s'il y a lieu, et dans les affaires sur lesquelles il aura été donné une instruction par écrit, l'incident sera porté à l'audience, pour être statué ce qu'il appartiendra.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 332, n° 3, et p. 333, n° 13.] Ord., tit. XI, art. 27. — C. pr., art. 134, 286, 288, 341, 1031. — [Devilleneuve; v° *Incident*, n°s 1, 13 et 14. — Carré, *Comp.*, art. 258, et *Q.* 254. — Locré, t. 9, p. 237, 296.]

CCLXXX. Quoique les parties soient libres de former les demandes incidentes jusqu'au jugement de la cause principale, elles ne doivent pas néanmoins abuser de cette faculté, pour entraver la marche de la procédure et multiplier les frais. Aussi l'art. 337 veut-il que toutes les demandes qu'une partie peut avoir à former pendant le cours d'une instance soient faites cumulativement par un seul acte, et non successivement. Au reste, toute demande incidente doit être portée à l'audience et jugée préalablement, *s'il y a lieu* (1); sinon elle est jointe à la demande principale, pour être statué sur le tout par un même jugement (2).

[1268 quinq. ***Peut-on former successivement plusieurs demandes incidentes?***

L'affirmative est certaine et résulte implicitement du texte de l'art. 338. — En effet, quoique la loi, pour éviter les embarras, les lenteurs et surtout les frais des incidents, veuille que toutes les demandes incidentes soient formées en même temps, elle ne dit pas qu'en cas d'inobservation de cette règle, ces demandes seront rejetées; elle déclare seulement que les frais ne pourront en être répétés : telle est la seule peine qu'elle prononce. Il faut même remarquer qu'il y a deux circonstances où cette peine n'est pas encourue. Le premier cas, c'est lorsque la cause de la deuxième demande incidente est née depuis la première. Le second cas arrive lorsque la première demande incidente est une exception, et la seconde également une exception, mais d'une classe ultérieure, de telle sorte que, d'après les dispositions mêmes de la loi, elles doivent être proposées successivement. Mais ces deux cas exceptés, les frais de demandes incidentes tardivement intentées ne doivent pas entrer en taxe. Ainsi le pensent Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 598 *in fine*, et 599, et Demiau, p. 247, deuxième alinéa. Boitard, t. 2, p. 5, partage aussi cette opinion, mais il excepte le cas prévu par l'article 1346 du Code civil, qui dispose que toutes les demandes non entièrement justifiées par écrit doivent être formées par le même exploit. Si c'est incidemment que ces sortes de demandes sont formées, il y a véritable déchéance à l'égard de celles qui n'ont pas été comprises dans le premier acte.]

1269. ***Qu'exprime l'art.* 338, *en disposant que, dans les procès par écrit, l'incident sera porté à l'audience, pour être statué ce qu'il* APPARTIENDRA?**

La loi exprime, par ces derniers mots, que le tribunal jugera l'incident sur-le-champ, s'il est possible, ou le joindra au fond, pour y statuer en définitif par le même jugement [ou bien qu'il jugera tout à la fois l'incident et le fond, si la solution du premier entraîne celle du second. — *V.* la note du n° CCLXXX.] (*Prat.*, t. 2, p. 312. — *V.* sur la question de savoir comment se jugent les demandes incidentes dans les affaires en délibéré, les *Quest.* 443 et 444.)

---

(1) *S'il y a lieu*, c'est-à-dire quand la demande incidente consistera dans une exception, ou quand elle offrira à décider une question dont la solution ne laissera plus rien à juger sur la demande principale. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 277, n° 398.)

(2) Cette règle est invariable, soit que la cause principale ne comporte que l'instruction ordinaire, soit qu'elle s'instruise par écrit; car de ce que la cause principale a dû faire l'objet d'une instruction par écrit, il ne suit pas toujours qu'il faille instruire la demande incidente suivant le même mode. Ainsi donc, quel que soit le genre d'instruction de la demande principale, c'est toujours à l'audience qu'il faut d'abord porter la demande incidente. Le tribunal examine et résout la question de savoir si cette seconde demande peut ou doit être jugée par préalable; mais s'il pense, au contraire, que ces deux demandes sont de nature à ne pouvoir être bien éclaircies que par une même discussion, et bien jugées que par un même jugement, il en ordonne la jonction.

[Cette opinion est contrariée par un arrêt de la cour de cass. du 21 août 1834 (Sirey, t. 35, p. 719), qui a jugé que, dans les affaires instruites par écrit, il n'est pas nécessaire de renvoyer à l'audience les demandes additionnelles formées par les parties, et de statuer sur elles par jugement séparé; l'art. 338, C. pr., est facultatif. Thomine, n° 385, professe la doctrine de l'arrêt; mais celle de Carré est adoptée par Demiau, p. 247, Favard, t. 3, p. 17, n° 2, Boitard, t. 2, p. 6, et Pigeau, *Proc. civ.*, au n° 3 de la sect. 3 du chap. des *Incidents*. Ce dernier avis nous paraît plus conforme d'abord au texte de la loi qui est formel, et puis à ses motifs. Car il est possible que le jugement de l'incident emporte le fond : n'y aurait-il pas alors grand avantage à le juger préalablement, plutôt que d'attendre l'issue d'une instruction par écrit, sans s'occuper s'il y a quelque moyen de l'arrêter? (*V.* la *Quest.* 1269.)]

§ II. — *De l'intervention* (1).

Il résulte de ce que nous avons dit *suprà*, p. 124, que l'intervention est la demande formée par un tiers dans une instance déjà engagée devant un tribunal, afin d'être reçu partie dans cette instance, pour y conserver et faire valoir, soit ses propres droits, soit ceux de ses débiteurs, ou d'une partie qu'il doit garantir.

Art. 339. L'intervention sera formée par requête qui contiendra *les moyens et conclusions* (2), dont il sera donné copie, ainsi que des pièces (3) justificatives.

Tarif, 75. — [Tarr. rais., nos 255, 256 et 257.] — Ord., tit. IV, art. 28.—C. pr., art. 49, nos 2, 65, 406, 466, 536. — [Devilleneuve, vis *Intervention*, nos 1 à 35, *Conciliation*, nos 19 et 20.—Locré, t. 9, p. 256, 296] (4). — (*Voy*. Formule 294.)

CCLXXXI. A la différence des demandes incidentes proprement dites, qui se forment par un simple acte, on ne peut intervenir que par une *requête*, et en aucun cas par des conclusions verbales prises à l'audience, ainsi qu'il se pratiquait souvent avant la publication du Code de procédure.

1270. ***En quel cas une partie peut-elle intervenir dans un procès?***

Cette question tient plutôt, soit à la qualité, soit au fond du droit des parties, qu'aux règles et aux formalités de la procédure; et, par ce motif, nous sommes dispensé de lui donner tous les développements dont elle serait susceptible.

---

(1) Voy. *infrà*, sur l'art. 466.

(2) *Les moyens et conclusions*, si l'affaire est ordinaire; si elle est sommaire, la requête ne doit contenir que de simples conclusions motivées.

(3) Les seules copies données avec la requête passent en taxe; les autres sont à la charge de l'intervenant, conformément à l'art. 65. (Locré, t. 2, p. 4.)

(4) JURISPRUDENCE.

[1º Un créancier d'une succession bénéficiaire, déjà partie dans l'instance sur le bénéfice, peut opposer des exceptions aux demandes de reprises ou de créances, soit d'une veuve, soit de créanciers, par un simple acte d'assignation à l'audience, sans intenter une demande principale en conformité de l'art. 61, C. proc., et sans présenter une requête d'intervention, aux termes de l'art. 339 du même Code (Rennes, 18 mai 1811);

2º Les soumissionnaires de domaines nationaux, dont la soumission a été acceptée par l'administration pour le cas où la vente pourrait avoir lieu, ne sont pas recevables à intervenir dans les contestations entre l'État et les derniers possesseurs des biens, sur la question de savoir s'ils sont ou non domaniaux (Cass., 24 janv. 1815; Sirey, t. 15, p. 271);

3º Le cessionnaire des droits d'une partie n'est point admis à prendre des conclusions au procès, s'il n'a été régulièrement reçu intervenant, surtout si le cédant est toujours en cause (Bordeaux, 19 déc. 1827);

4º Quand, en vertu d'un arrêt d'une cour, il est procédé entre époux à une liquidation de communauté, les créanciers peuvent intervenir par requête, sans prendre la voie de la tierce opposition; car, s'agissant d'une liquidation, et non de l'appel d'un jugement qui l'a ordonnée, la procédure à suivre est celle de première instance. Tout créancier d'ailleurs a droit d'intervenir, à ses frais, *au partage*, pour empêcher qu'il ne soit fait en fraude de ses droits (Orléans, 30 août 1820 (Dalloz, t. 18, p. 198);

5º La fille naturelle qui renonce aux droits qu'elle a sur la succession de son père, pour s'en tenir à une donation, ne doit pas être maintenue comme partie dans l'instance en partage de la succession, mais elle peut y assister à ses frais (Bordeaux, 6 août 1827; Sirey, t. 28, p. 31);

6º Le tribunal qui a admis une partie à intervenir *à ses frais*, ne peut pas, par un jugement définitif, condamner aux frais de l'intervention celle des parties principales qui succombe (Rennes, 2 juillet 1810; Dalloz, t. 18, p. 198);

7º Le cédant qui s'est rendu appelant peut, lorsque l'intervention du cessionnaire est admise, être maintenu en cause pour répondre des frais qu'il a pu occasionner (Bordeaux, 29 avril 1829; Sirey, t. 29, p. 350);

8º Pour prononcer sur une jonction et sur la question de savoir si l'intervention de divers intervenants doit être formée par requêtes séparées, il n'est pas nécessaire de communiquer les pièces (Rennes, 31 juillet 1811; Dalloz, t. 18, p. 198);

9º L'intervention formée par un fondé de pouvoir au nom de son mandant n'est pas recevable. (Rome, 6 juill. 1811; Dalloz, t. 23, p. 353; Sirey, t. 14, p. 189.) — Mais nous remarquerons, d'après ce que nous avons dit *suprà*, *Quest*. 290, qu'elle serait valablement formée si le mandataire avait mentionné les nom, profession et domicile du mandant, en déclarant qu'il n'agit que pour lui. Il en est ici comme de l'ajournement, qui n'est pas nul en cette circonstance;

10º On ne peut former intervention que par requête, et non par de simples conclusions prises sur le barreau. Les motifs d'exception donnés pour les demandes incidentes n'existent point pour l'intervention (Rennes, 29 mars 1817);

11º L'intimé peut, en cour d'appel, opposer aux intervenants les mêmes exceptions qu'à l'appelant lui-même, lorsqu'ils ont le même intérêt (Paris, 18 fév. 1809; Sirey, t. 9, p. 47);

12º Celui qui intervient dans une instance intentée contre ses cointéressés, en déclarant qu'il adhère à tous les moyens et conclusions de ceux-ci, n'a pas besoin de tenter la voie de la conciliation. (Cass., 23 pluviôse an IX, et 27 mess. an XII; Dalloz, t. 6, p. 342; Sirey, t. 4, p. 358.) — Sous le Code de procédure civile, cela est certain, aux termes du § 3 de l'art. 49. Les règles relatives à la conciliation et aux deux degrés de juridiction ne sont pas applicables à une demande en intervention (Cass., 30 août 1825);

13º Cependant, quoiqu'on regarde généralement comme remplaçant à l'égard du domaine l'essai de conciliation, les formalités prescrites par l'art. 45, tit. III, de la loi des 23 oct. et 5 nov. 1790, elles sont requises à peine de nullité pour faire intervenir le domaine public dans une instance déjà liée entre d'autres parties, parce que de la combinaison des articles de cette loi il résulte que ces formalités s'appliquent aux demandes tant incidentes que principales. (Cass., 19 prair. an XI; Sirey, t. 7, p. 770; Dalloz, t. 18, p. 195, et sous la date du 12 prair. an IX; Dalloz, t. 2, p. 148. — *V*. Merlin, *Rép.*, vº *Intervention*, § 1, nº 4, et *Quest. de droit*, vº *Nation*, § 2.)]

Il nous suffira de rappeler que le mot *intervention* exprime l'action par laquelle une tierce personne se rend partie dans un procès où elle était d'abord étrangère, afin de soutenir des droits qui pourraient être compromis.

L'intervenant se rend ainsi partie adverse, soit du demandeur ou du défendeur, soit de l'un et de l'autre. Berriat, *h. t.*, note 4, cite à ce sujet les exemples suivants :

1° Celui qui serait chargé de payer un legs, si un testament était déclaré valable, peut intervenir dans la cause où l'on demande la validité de ce testament. (*V.* cass., 23 pluv. an IX; Sirey, t. 1, p. 671; Dalloz, t. 6, p. 342.)

2° Il en serait de même du cédant, dans l'action intentée par son cessionnaire contre le débiteur cédé.

[Douai, 17 déc. 1813 (Dalloz, t. 18, p. 184), et opinion conforme de Pigeau, *Proc. civ.*, t. 1, p. 279, n° 402.]

3° Du tiers propriétaire, dans l'adjudication de ses biens saisis et mis en vente, contre le détenteur. (*V.* C. proc., art. 727 et 729.)

Dans le premier cas, l'intervenant attaque le demandeur; dans le second, le défendeur; dans le troisième, l'un et l'autre.

Nous venons de dire que l'intervenant se rend partie *afin de soutenir des droits*, etc. En effet, une intervention dénuée d'intérêt n'est pas plus recevable qu'une action principale qui en serait dépourvue. L'intérêt est, en tous les cas, la mesure des actions et des exceptions. (V. *Prat.*, t. 2, p. 316.)

C'est d'après ce principe général que l'on doit surtout se gouverner dans presque tous les cas où il s'agit d'admettre ou de rejeter une intervention. (*V.* pour les détails, le *Rép.*, v° *Intervention;* Pigeau, t. 1, p. 278, n° 401; Demiau, p. 288, etc.; et, sur la question de savoir quand on peut intervenir en cause d'appel, nos questions sur l'art. 466) (1).

[Le principe d'après lequel on ne peut intervenir si l'on n'a pas un véritable intérêt dans la contestation est certain. Outre les auteurs cités par Carré, on peut encore consulter Favard, t. 3, p. 118, n° 1, Berriat, titre de l'*Intervention*, initio, et Thomine, n° 389; mais on verra, sous la question suivante, que nous n'admettons aucune restriction au sens naturel de ce mot *intérêt*, et que, du moment qu'il en existe un, de quelque nature qu'il soit, nous reconnaissons l'admissibilité de l'intervention, laissant néanmoins aux tribunaux le pouvoir d'apprécier si cet intérêt est réel, si c'est un intérêt d'équité ou un intérêt de vexation.

L'on sent que, partant du principe qui accorde, en cette matière, un pouvoir absolu aux tribunaux, nous n'avons ni à blâmer, ni à approuver la plupart des décisions intervenues, et que leur énumération serait sans objet pour la science.

Toutefois, nous regardons comme mal rendu, en principe, l'arrêt de la cour de Bruxelles du 11 mai 1825 (J. de B., 1825, 2°, p. 64), qui décide qu'on ne peut être reçu partie intervenante par cela seul qu'on pourrait être exposé à une action en garantie de la part de l'une des parties en cause, si cette partie venait à succomber dans sa demande. Cette circonstance ne constitue-t-elle pas un intérêt assez puissant?

L'intérêt d'honneur est aussi regardé comme suffisant pour légitimer une intervention. Aussi le notaire instrumentaire d'un acte argué de faux peut intervenir dans l'instance pour soutenir sa véracité. (Paris, 29 juin 1826; Sirey, t. 27, p. 89; Nîmes, 6 mars 1822; Dalloz, t. 16, p. 21; et même cour, 27 mai 1829.)

L'intérêt que peut avoir la corporation des notaires ou des avoués à ce que les droits de l'un de ses membres ne soient pas compromis, autorise-t-il les chambres de ces corporations à intervenir dans les contestations relatives à la taxe? Le peuvent-elles lorsqu'un avoué est en procès avec un autre officier et revendique un droit, un émolument, une prérogative qu'on lui conteste? Le peuvent-elles notamment lorsqu'il y a litige entre un avoué et un huissier relativement à un droit de copie de pièces? Telle est la difficulté qu'a examinée Billequin (*J. Av.*, t. 51, p. 648). Voici comment il s'est exprimé :

« Sur cette question grave, qui n'est point encore résolue uniformément par la jurisprudence, il existe plusieurs décisions judiciaires qui repoussent l'intervention de la chambre des avoués : 1° parce que pour intervenir en justice il faut un intérêt direct et actuel; 2° parce que les tribunaux ne peuvent statuer par voie de disposition générale et réglementaire; 3° parce que l'intervention ne ferait qu'embarrasser la procédure et ajouter aux frais. (V. *J. Av.*, t. 44, p. 80 et 88, t. 46, p. 110, 114 et 115, les jugements des tribunaux de Toul, de Meaux et de Nîmes, et les arrêts des cours de Paris et de Nancy, en date des

(1) Nous ajouterons aux exemples ci-dessus le cas du créancier, qui, d'après l'art. 882 du Code civil, peut intervenir dans l'instance de partage, afin d'éviter qu'il ne soit fait en fraude de ses droits; mais, en cette circonstance, la loi veut qu'il intervienne à ses frais. Nous croyons qu'en tout autre cas un créancier aurait le même droit, sous la même condition; car il y a un intérêt qui peut se réaliser; ce qui suffit pour autoriser une action. Les mêmes motifs d'après lesquels a été portée la disposition de l'art. 882 existent dans une foule d'autres cas que celui qu'il mentionne.

9 fév. et 25 juill. 1833; Sirey, t. 33, p. 119 et 332.)

» Quelque spécieuses que soient ces raisons, peuvent-elles prévaloir sur la disposition si générale de l'arrêté du 13 frim.? Le tribunal de Versailles ne l'a pas pensé, et, dans une espèce identique à celles que nous avons indiquées plus haut, il a cru devoir admettre l'intervention, et n'a point, malgré cela, statué par voie de disposition générale et réglementaire. (*V.* jugement du 17 juillet 1832, *J. Av.*, t. 47, p. 659.) Du reste, la même opinion a été soutenue par de Vatimesnil, dans l'affaire Miro (*Ibid.*, t. 44, p. 87), et elle a été suivie, sans aucune contestation, dans plusieurs affaires concernant les commissaires-priseurs, les courtiers et les notaires, notamment par le tribunal civil de Guéret, le 12 juill. 1832. (*Ibid.*, t. 54, p. 67.)

» Quant à nous, nous estimons que lorsque l'intérêt des intervenants à la contestation est suffisamment justifié, quoiqu'il ne soit ni direct ni actuel, l'intervention doit être admise; seulement il nous semble que, dans ce cas, les frais de l'intervention doivent rester à la charge de la chambre qui demande à prêter appui à l'avoué en cause, et à devenir son auxiliaire. Avec ce tempérament, toutes les objections disparaissent et tous les intérêts sont conciliés. »

Nous partageons cette opinion de notre estimable confrère, et nous devons résoudre pour l'affirmative, comme l'a fait la cour de Paris le 25 août 1834 (Sirey, t. 34, p. 495), la question de savoir si le notaire nommé membre de la chambre par une délibération de l'assemblée générale peut intervenir sur la demande en nullité de cette délibération formée par le ministère public; et suivant un arrêt de la même cour du 15 juin 1833 (Sirey, t. 33, p. 339; Rolland de Villargues, *Fonds de commerce*, n° 4, *Vente de Mobilier*, n° 16), nous pensons également que la compagnie des notaires peut s'opposer à l'exécution de l'ordonnance du président du tribunal prescrivant la vente d'un fonds de commerce par le ministère d'un commissaire-priseur, les notaires prétendant avoir le droit exclusif d'y procéder.

Le failli, quoique dessaisi de l'administration de ses biens par l'événement de la faillite, en demeure néanmoins propriétaire; il a donc le plus grand intérêt à surveiller les instances relatives à la vente de ces mêmes biens, pour éviter les fraudes ou les négligences dont il pourrait devenir la victime, et, par conséquent, il peut être reçu à intervenir dans ces instances où les syndics représentent bien plus ses créanciers que lui-même. C'est ce qu'ont jugé trois arrêts de la cour de cass. des 19 avril 1826 (Sirey, t. 27, 1re, p. 198), 21 nov. 1827 (Sirey, t. 28, p. 185), et 8 mai 1838 (Sirey, t. 38, p. 529), et un arrêt de la cour de Pau du 21 fév. 1824 (Dalloz, t. 15, p. 222).

Ainsi le jugeait-on sous l'empire de l'ancien Code de commerce qui prononçait purement et simplement, sans aucune restriction, le dessaisissement du failli, par son art. 442 : à plus forte raison le déciderait-on de même aujourd'hui, puisque l'art. 443 de la nouvelle loi, tout en prononçant le même dessaisissement, et disposant que toute action ne pourra être suivie ou intentée que pour ou contre les syndics, ajoute que le tribunal pourra, lorsqu'il le jugera convenable, recevoir le failli partie intervenante.

L'intérêt des mineurs étant confié aux personnes que la loi charge de l'administration de leurs biens, il s'ensuit que ces personnes sont toujours recevables à intervenir dans les causes qui concernent ces mineurs, pourvu que ce soit dans les limites de leurs attributions légales. Ainsi le subrogé tuteur peut intervenir dans toute instance où les droits des pupilles sont en opposition avec ceux du tuteur (Colmar, 2 août 1817; Dalloz, t. 18, p. 164); et réciproquement le tuteur peut intervenir dans l'instance engagée par le subrogé tuteur au nom du mineur, soit qu'il ait des droits personnels connexes, soit qu'il n'agisse que pour protéger son pupille. (Cass., 27 mai 1818; Sirey, t. 19, p. 121.) De même l'intervention d'un membre d'un conseil de famille dans une demande en nullité de la délibération qui nomme un tuteur est suffisamment autorisée par sa qualité d'oncle du mineur (Lyon, 15 fév. 1812; Sirey, t. 13, p. 289), et le tuteur nommé peut intervenir dans l'instance en homologation de la délibération, quoiqu'il n'ait pas fait partie du conseil. (Angers, 29 mars 1821; Sirey, t. 21, p. 61.)

Par analogie, le notaire commis à un inventaire pour représenter une personne non présente peut intervenir sur les incidents concernant cette opération. (Colmar, 11 nov. 1831; Sirey, t. 32, p. 353.)

Pour terminer le compte rendu de la jurisprudence et de la doctrine sur cette question, nous devons dire que tous les auteurs conviennent qu'un droit non encore ouvert constitue néanmoins un intérêt suffisant pour autoriser l'intervention de celui qui l'attend dans l'instance où ce droit pourrait être compromis; cette solution dérive du principe de l'art. 1180, C. civ., d'après lequel le créancier conditionnel est admis à faire tous les actes conservatoires. Ainsi le pensent Pigeau, *Proc. civ.*, à l'art. 2 du chapitre de l'*Intervention*, Favard, t. 3, p. 119, n° 1 *bis*, Merlin, v° *Intervention*, § 1er, n° 5 *bis*, 6°, Dalloz, t. 18, p. 179, n° 6, et Thomine, n° 389.]

[1270 bis. ***La qualité de créancier de l'une des parties en cause suffit-elle pour faire admettre un intervenant? A la charge de qui seraient les frais de cette intervention?***

L'art. 1166, C. civ., donnant aux créanciers la faculté d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, quelques auteurs en ont conclu que le créancier pouvait intervenir dans toutes les instances où figure son débiteur, pour veiller à ce qu'une défense sérieuse ou légitime soit employée, parce qu'il y a intérêt à ce que les droits de son débiteur soient reconnus. Une pareille conséquence ne nous paraît pas résulter des termes de l'art. 1166, qui semblent exclusivement s'appliquer aux cas où le débiteur néglige d'exercer ses droits, ou collude avec son adversaire au préjudice du créancier.

Mais qu'est-il besoin du principe contenu dans l'art. 1166 pour décider la question qui nous occupe? Aucune loi a-t-elle jamais tracé des limites à la capacité de l'intervenant? Non, sans doute, et dès lors on ne peut *à priori* lui fixer des conditions.

Il suffit, d'après nous, qu'il puisse justifier d'un intérêt quelconque à l'issue de la contestation, pour que son intervention soit admise; peu importe d'ailleurs la nature de cet intérêt, né ou à naître, futur ou actuel, certain ou probable, distinct de celui de son débiteur ou confondu avec lui, le créancier qui voudra intervenir n'aura jamais à craindre qu'on lui oppose la prohibition d'un texte législatif, ou d'un principe de droit, puisqu'il n'en existe pas sur la matière.

Ce sera donc aux tribunaux, avec leur pouvoir discrétionnaire, à apprécier, dans chaque espèce, si l'intérêt allégué est réel ou supposé, si l'intervention du créancier a un but légitime ou vexatoire; à réprimer toute tentative que l'équité n'avouerait point, à accueillir toutes celles qui seraient faites dans les vues d'un intérêt bien compris.

Tel paraît être l'avis de Merlin, qui s'exprime ainsi, v° *Intervention,* § 1er, n° 3 *bis,* 2°: « On ne doute pas que, pour *prévenir* toute collusion entre son débiteur et l'adversaire de celui-ci, ou même la négligence que le premier pourrait mettre dans la défense de ses droits, il ne puisse intervenir dans l'instance ouverte entre l'un et l'autre; et c'est ce que décide, pour un cas particulier, mais par un motif applicable à tous les cas, l'art. 882 du Code civil. »

Réduite à ces termes, la question, comme on le voit, n'est plus qu'une question de fait, qu'il appartient aux juges de chaque cause de décider suivant les circonstances. Aussi n'est-il pas étonnant que l'on trouve des arrêts en sens divers. Non-seulement cela doit être, les circonstances ne pouvant pas toujours être les mêmes; mais encore l'étude de ces arrêts n'est d'aucune importance pour la théorie.

Mais on demande qui doit supporter les frais de l'intervention du créancier?

Dans le système de ceux qui n'admettaient l'intervention qu'autant qu'elle est nécessaire pour prévenir les fraudes, ou suppléer à la négligence du débiteur, on devrait, ce nous semble, faire supporter les frais à la partie qui succomberait, ou au moins à celle qui aurait, par son fait, nécessité l'intervention.

Mais ceux qui, adoptant notre doctrine, déclarent la faculté d'intervenir complétement illimitée, décident que le créancier interviendra à ses frais, toutes les fois qu'il le fera par simple mesure de précaution, et sans que son intervention soit justifiée par le besoin de prévenir des fraudes, ou de défendre des intérêts compromis par ceux qui s'en étaient chargés, ainsi que l'art. 882 le décide expressément pour le cas qu'il prévoit; disposition que la cour de cassation a appliquée, le 27 août 1838 (Sirey, t. 38, p. 810), non-seulement au coût des actes que signifie le créancier intervenant dans un partage, mais encore aux frais des significations qui lui sont faites à lui-même de tous les actes de poursuite.]

[1270 ter. ***Dans une poursuite en expropriation forcée, l'un des créanciers peut-il intervenir sur la demande en nullité de saisie formée par la partie saisie contre le saisissant?***

Oui: et tel est l'avis de Merlin, *Rép.,* v° *Saisie immob.,* § 6, art. 2, t. 30, p. 220, qui appuie son opinion sur un arrêt de la cour de cass. du 26 déc. 1820 (Sirey, t. 22, p. 36), lequel arrêt décide positivement que les créanciers inscrits ont le droit d'intervenir tant que l'instance en expropriation forcée n'est pas terminée. C'est aussi ce qui a été jugé depuis par la cour de Pau, le 21 fév. 1824 (Dalloz, t. 15, p. 222), et par la cour de cass., le 19 juill. même année. (*V.* Merlin, *Rép.,* v° *Intervention,* § 1er, n° 6, t. 16, p. 19; Dalloz, t. 24, p. 410; Sirey, t. 24, p. 270.) Cependant la cour de Toulouse a prétendu que l'intervention des créanciers n'était pas recevable, parce que leur présence individuelle dans l'instance en expropriation forcée était inutile, puisqu'ils y étaient représentés par le poursuivant, qui est leur mandataire légal. Mais Merlin n'approuve pas ce motif. De ce qu'un créancier est représenté par son débiteur dans le procès soutenu par celui-ci, et de ce que, par suite, il est non recevable à former tierce opposition au jugement qui termine ce procès, il n'en résulte pas, dit-il, qu'il soit inadmissible à intervenir tant que l'instance est indécise. Pourquoi donc en serait-il autrement du créancier inscrit, dans une procédure en expropriation forcée? C'est, a-t-on dit, parce qu'il peut se faire subroger aux droits du poursuivant. Il le peut, sans doute, mais seulement lorsqu'il y a de la part de celui-ci collusion, fraude ou négligence, ce qui n'est pas toujours facile à prouver. On ne peut donc rien conclure contre l'intervenant de cette fa-

culté qu'il tient de la loi. (Art. 722, C. proc.) D'ailleurs, il est certain, en droit, que le privilége introduit par une loi spéciale n'empêche pas celui à qui il est accordé de recourir au bénéfice de la loi générale. Par conséquent, il faut dire que le droit particulier de demander la subrogation n'est pas un obstacle à l'exercice de l'intervention, qui est de droit commun, et qui ne peut être refusé, comme nous l'avons dit sur les deux précédentes questions, à celui qui a un intérêt quelconque à la contestation. La circonstance qu'il est représenté par un de ceux qui sont déjà parties en cause, ne saurait donc être pour lui une exclusion. Et d'ailleurs c'est un principe qu'on pourrait aisément contester dans l'espèce. Les créanciers n'ont pas en effet des intérêts identiques avec ceux du poursuivant. Il est facile, au contraire, de s'apercevoir que ces intérêts peuvent aisément se froisser et devenir opposés l'un à l'autre, principalement lorsqu'il s'agit de créanciers hypothécaires dont le rang est subordonné à l'inscription. Si le poursuivant est l'un des premiers inscrits, peu lui importe que l'immeuble soit porté à sa véritable valeur, pourvu que sa créance soit payée. A l'égard même des créanciers chirographaires, si on trouve les moyens de les désintéresser ou de leur faire un certain avantage, on pourra aisément obtenir des faveurs qui porteront préjudice à leurs cocréanciers. Les divers créanciers ne peuvent donc être censés suffisamment représentés par l'un d'entre eux dans la poursuite d'expropriation, et devraient donc avoir la faculté d'y intervenir pour surveiller leurs droits, alors même qu'on mettrait à cette intervention d'autres conditions que l'existence d'un intérêt quelconque. Mais cette exigence nous paraît illégale, un intérêt possible nous semble suffire; et certes on ne peut nier que cet intérêt n'existe à l'égard du créancier dans l'instance en expropriation des biens de son débiteur.

Ces raisons ont déterminé l'arrêt de la cour de Paris du 18 août 1808 (Dalloz, t. 18, p. 181), qui a décidé que, lorsque le jugement qui ordonne la vente n'a point été rendu avec le créancier et qu'il n'y a point acquiescé, il peut, s'il est inscrit, intervenir dans la contestation; celui de la cour de Nanci du 18 déc. 1826, qui déclare un créancier hypothécaire recevable à intervenir dans l'instance engagée entre son débiteur et un autre créancier hypothécaire, en radiation de l'inscription de celui-ci; et celui de la cour de Colmar du 26 juill. 1833 (Sirey, t. 34, p. 168), qui donne à l'adjudicataire le droit d'intervenir dans l'instance qui s'élève entre le saisissant et le saisi sur la conversion de la saisie en vente volontaire (1). Au reste, toutes les fois qu'une intervention a lieu sur une poursuite en saisie immobilière, il doit être sursis à l'adjudication définitive jusqu'à l'issue de l'appel du jugement qui adjuge l'intervention. C'est ce qu'a jugé la cour de Bruxelles, par arrêt du 19 juin 1823. (J. de B., 1823, 2°, p. 27.)

Lorsque la vente volontaire d'un immeuble grevé d'hypothèques est attaquée par un tiers, le créancier inscrit peut, si le prix stipulé est insuffisant pour couvrir sa créance, intervenir aussi dans l'instance pour faire déclarer la vente purement et simplement nulle. Il ne peut être écarté sous le prétexte que, si la vente venait à être déclarée valable, il serait toujours à même de la faire résoudre par une surenchère. Il en est, pour le créancier inscrit, dans le cas d'une vente volontaire, de la faculté qu'il a de surenchérir, comme, dans le cas d'une instance en expropriation forcée, de celle qu'il a de demander la subrogation au poursuivant. L'une ne peut donc, pas plus que l'autre, faire obstacle à l'intervention. Telle est l'opinion textuelle de Merlin, v° *Intervention*, § 1er, n° 3 *bis*, 6°. Elle est conforme à un arrêt de la cour de Bruxelles du 15 juin 1822, que cet auteur rapporte et qu'on trouve aussi au J. de B., t. 2 de 1822, p. 161.]

[**1270** quater. ***Doit-on admettre la demande en intervention de celui qui, n'étant pas partie, et n'ayant aucun intérêt dans le procès, se prétend injurié dans les mémoires signifiés, ou bien dans les plaidoiries?***

Cette question ne peut être résolue qu'au moyen d'une distinction que l'art. 23 de la loi du 17 mai 1819 commande de faire entre les injures résultant de faits inhérents à la cause, et celles qui sont fondées sur des faits étrangers à la cause. A l'égard des premières, cet article, par respect pour le droit de la défense, dispose qu'elles ne donneront jamais lieu à aucune action en diffamation ou injure; quant aux secondes, elles pourront donner ouverture soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsqu'elle leur aura été réservée par les tribunaux, soit, dans tous les cas, à l'action civile des tiers.

Cet article ne statue pas directement sans doute sur la recevabilité de l'intervention des tiers dans l'instance dont la poursuite a donné lieu aux injures dont ils se plaignent; mais, en nous apprenant dans quels cas ces tiers peuvent ou non intenter une action séparée et principale en réparation, il nous fait connaître

---

(1) [La cour de cass. a jugé le contraire, le 8 janv. 1833 (Sirey, t. 33, p. 84); mais cette décision ne nous paraît pas équitable. Celles que nous venons de citer, au texte, sont encore confirmées par les décisions analogues des cours de Montpellier, 30 déc. 1816 (Dalloz, t. 18, p. 182), de Metz, 10 fév. 1821.]

les cas où bien certainement leur intervention en cause ne doit pas être admise. Car il est évident que celui à qui la loi refuse l'action directe n'aura pas, à plus forte raison, le droit d'exercer, par voie d'intervention, cette action qui ne lui appartient même pas dans les conditions ordinaires.

Ainsi, depuis la loi de 1819, l'intervention des tiers qui se prétendent injuriés ne devrait pas être reçue, si les faits dont ils se plaignent étaient utiles à révéler dans l'intérêt de la cause; car, en pareille circonstance, ils n'auraient pas le droit d'intenter une action séparée en réparation, comme l'a jugé la cour de cass. le 23 nov. 1835 (Sirey, t. 36, p. 314).

Mais avant cette loi, lorsque la distinction qu'elle introduit n'existait pas, lorsque les tiers pouvaient toujours se plaindre, par action principale, des faits injurieux, afférents ou étrangers à la cause, que l'on produisait devant le tribunal où elle était pendante; et aussi, depuis la mise en vigueur de cette loi, lorsque, s'agissant de faits étrangers à la cause, l'action civile séparée leur est toujours permise, l'on demande si le droit d'intervention dans la cause où les faits ont été produits doit aussi leur appartenir?

La cour de Rouen a été saisie deux fois de cette question à peu de jours d'intervalle, et elle l'a jugée différemment. Dans le premier arrêt, du 25 mars 1807 (Dalloz, t. 18, p. 186), il s'agissait d'injures dirigées contre l'un des avocats de la cause, et la cour a admis sa demande en réparation formée par intervention. Dans le second arrêt, du 29 nov. 1808 (Sirey, t. 12, p. 208), ce n'était pas un avocat, mais une personne tout à fait étrangère à la cause qui se prétendait injuriée; la cour n'a point accueilli son intervention.

Il est difficile de concilier ces deux arrêts, quoique la cour ait essayé de le faire en disant que, dans la première espèce, la partie intervenante étant un avocat de la cause, injurié à raison de ses fonctions, c'était là un délit prétorial, dont la connaissance était réservée au tribunal devant lequel il avait été commis; mais il ne semble pas que cette circonstance ait dû changer le principe et dénaturer la question. C'est là, du moins, l'avis de Merlin, *Rép.*, t. 30, p. 222 et suiv., qui pense que les deux décisions auraient dû être uniformes, c'est-à-dire que, dans les deux cas, l'intervention devait être admise. « Il est de principe, dit-il, que *continentia causæ dividi non debet*, et que, par suite, la connexité qui existe entre deux affaires est un motif suffisant pour attribuer la connaissance de l'une au juge saisi de l'autre; or, rien de plus connexe que la cause dans laquelle il a été fait à un tiers des imputations outrageantes, et la demande du tiers outragé en réparation de ces imputations; il n'y a même pas de tribunal plus à portée d'apprécier ces imputations, et de juger si elles excèdent ou non les bornes d'une légitime défense, que celui devant lequel l'une des parties les a mises en avant. »

De ce que l'intervenant, dans la seconde espèce, ne se bornait pas à conclure à la suppression du mémoire imprimé, mais de ce qu'il demandait en outre des dommages-intérêts, il n'en résultait pas que l'intervention fût non recevable. En effet, si l'art. 1036, C. proc., ne donne pas expressément aux juges saisis d'une cause dans laquelle des mémoires calomnieux ont été imprimés, le droit de prononcer des dommages-intérêts, du moins il ne le leur refuse pas; et la cour de cassation a jugé, le 22 nov. 1809 (Sirey, t. 10, p. 88), que ce pouvoir leur appartenait et résultait virtuellement du droit de déclarer des écrits calomnieux.

Cependant Favard, t. 5, p. 119, approuve l'arrêt que combat Merlin. Ce qui touche surtout Favard, c'est que, quel que soit le jugement à intervenir, il ne peut porter préjudice aux droits et actions du tiers calomnié: il aura toujours le droit de demander la réparation des injures dont il se plaint; mais il devra, selon cet auteur, agir par action principale.

Ne vaut-il pas mieux que le tout soit terminé par une seule décision? Et quel est d'ailleurs, comme le dit Merlin, le tribunal plus à portée de juger un délit d'outrages, que celui qui en a été témoin?

La cour de Grenoble, par un arrêt du 5 avril 1827, avait, en conséquence de cette doctrine, admis l'intervention d'un tiers diffamé; mais le 9 août 1828, elle a au contraire déclaré cette intervention irrecevable, en donnant pour seul motif qu'aucune intervention ne doit être reçue que de la part de ceux qui auraient le droit de former tierce opposition. Enfin, le 28 janv. 1832 (Sirey, t. 32, p. 644), elle a persisté dans sa dernière jurisprudence, en rejetant l'intervention formée par des experts dans le but d'obtenir la suppression de mémoires injurieux, produits dans la cause qui avait donné lieu à leurs opérations. Quoi qu'il en soit, l'opinion de Merlin, qui est aussi la nôtre, a été consacrée par les arrêts de la cour de cassation des 3 brumaire et 5 messidor an X (Sirey, t. 7, p. 1016), 18 prairial et 18 messidor an XII (Sirey, t. 4, p. 168), et 16 avril 1806, et enseignée par Thomine, n°s 389 et 1272, et Boitard, t. 2, p. 8. Enfin, un arrêt de la cour de Toulouse, du 13 mars 1839, a implicitement accueilli le même système en recevant l'intervention du tiers et en lui accordant des dommages-intérêts. Un autre arrêt de la même cour du 7 nov. 1838 (Sirey, t. 38, p. 875), avait admis l'intervention d'un avoué qui se prétendait injurié par les mémoires de la partie adverse. (*Voy.* pourtant la *Quest.* 1681 *ter.*)]

[1270 quinq. *Une partie qui n'a pas le droit d'intervenir peut-elle néanmoins obtenir acte d'une déclaration qu'elle fait en justice?*

Le 16 mai 1812, la cour de Rennes s'est prononcée pour la négative en jugeant qu'un individu qui a reçu un acte d'appel pour un parent ne peut constituer avoué, à l'effet de conclure à ce qu'il lui soit décerné acte de sa déclaration de rétracter l'acceptation de cet exploit d'appel.

Mais le 11 juillet de la même année, dans une espèce identique, elle a décidé le contraire.

Sans critiquer cette dernière décision, nous pensons qu'elle ne doit pas tirer à conséquence, parce que vraisemblablement elle a été déterminée par des circonstances de fait. En règle générale, les jugements n'interviennent qu'au profit des parties qui figurent dans l'instance, et ce n'est qu'à celles-ci qu'il faut reconnaître le droit de conclure et de requérir acte des déclarations qu'elles peuvent faire. Il y aurait de trop graves inconvénients à le permettre aux tiers. Indépendamment des embarras journaliers que ce système introduirait dans l'administration de la justice, à combien de surprises et de dangers n'exposerait-il pas la conscience des magistrats! Gardons-nous d'offrir de telles facilités à la chicane.]

1271. *Est-il des cas où l'intervention puisse être forcée?*

Les dispositions du paragraphe que nous expliquons paraîtraient supposer que l'intervention serait toujours volontaire; mais il est des cas où l'on peut forcer un tiers à intervenir dans un procès. Tel est, par exemple, celui où un individu, à raison de l'intérêt qu'il aurait à l'objet de la cause principale, serait recevable à former tierce opposition au jugement à intervenir dans cette cause. On l'assigne alors *en déclaration de jugement commun*, afin de prévenir le nouveau procès qu'il pourrait intenter en se rendant tiers opposant. (*V.* Merlin, *Rép.*, v° *Intervention.*)

Mais ce que nous venons de dire ne suppose pas que *l'action en déclaration de jugement commun* doive toujours être formée incidemment; elle peut être principale, et c'est ce qui arrive quand on a omis de mettre le tiers intéressé en cause, avant la décision du procès (1).

[Favard, t. 3, p. 119, n° 2, Dalloz, t. 18, p. 180, n°s 1 et suiv., Thomine, n° 387, et tous les auteurs avec eux reconnaissent la légalité de la procédure en déclaration de jugement commun, quoique le Code soit muet sur ce point. Nous pensons, avec Berriat, tit. *de l'Intervention*, § 2, qu'elle doit être intentée par exploit à domicile, mais qu'elle est dispensée du préliminaire de conciliation, toutes les autres règles de l'intervention ordinaire lui étant applicables.]

1272. *Suffit-il, pour former l'intervention, d'une requête signifiée d'avoué à avoué, et ne faut-il pas, en outre, que cette requête soit remise à un juge, pour être répondue par le tribunal?*

Quoique l'art. 339 dise seulement que l'intervention est formée par *requête*, sans qu'il soit ajouté, comme en plusieurs autres articles, et notamment en l'art. 406, que cette requête sera une requête d'avoué à avoué, il n'est pas

---

(1) La question que nous venons d'examiner exige que nous fassions connaître ce que l'on entend par demande en déclaration de jugement commun, dans quel cas elle a lieu, quels en sont les effets et la forme.

Cette demande est une action formée contre un tiers, afin de faire prononcer contre lui les mêmes condamnations que l'on poursuit, ou qui déjà ont été prononcées contre une autre partie.

Cette demande a conséquemment lieu par rapport à un jugement à intervenir, ou bien par rapport à un jugement rendu.

Dans le premier cas, elle a pour objet de forcer un tiers à se rendre partie dans une contestation pendante entre deux personnes; de sorte que, le jugement à rendre étant prononcé avec ce tiers, celui-ci ne puisse pas ensuite l'attaquer par la voie de la tierce opposition. C'est dans ce cas seulement que l'action forme un incident, en ce qu'elle produit une *intervention passive* ou *forcée* de la partie contre laquelle elle est formée.

Dans le second cas, la demande en déclaration de jugement commun a pour objet de faire prononcer qu'un jugement rendu entre deux personnes aura effet contre un tiers, de même que si ce tiers y avait été partie. Cette demande est principale, et conséquemment elle doit être sujette au préliminaire de conciliation, à la différence de la première, qui en est dispensée comme l'intervention. (V. *suprà*, art. 49.]

On a le droit d'exercer cette action toutes les fois qu'un tiers aurait droit de former tierce opposition contre un jugement rendu ou à rendre. (V. *infrà*, sur l'art. 474.) C'est ce qui aurait lieu, par exemple, dans le cas où une maison, possédée en indivis par plusieurs personnes, est réclamée par une autre; si celui qui réclame n'a intenté son action que contre l'un des copossesseurs, chacun des autres ayant le droit de se rendre tiers opposant pourrait être assigné en déclaration de jugement commun.

Le Code n'ayant rien prescrit sur les formes à suivre pour former cette demande, il nous semble que, dans les deux cas où elle est formée, elle doit l'être par requête, avec assignation à personne ou domicile, à laquelle on joint copie des titres. S'il s'agit de forcer le tiers à intervenir, il est nécessaire que le libellé de l'exploit lui fasse connaître l'état de l'instance dans laquelle on entend le rendre partie; si, au contraire, l'action est principale, il faut signifier le jugement que l'on prétend faire rendre commun. Du reste, lorsque cette demande est formée incidemment, elle doit être soutenue, contestée et jugée conformément aux règles de l'intervention volontaire. (*V.* Berriat, *ib.*)

douteux cependant que, l'intervention étant une demande incidente de sa nature, à fin de comparution d'un tiers dans une cause déjà engagée entre des parties qui ont nécessairement leurs avoués, c'est à ceux-ci qu'elle doit être signifiée : déjà chargés de la cause, ils sont à portée de voir si l'intervention est bien ou mal fondée, et conséquemment en état d'y défendre. (*V.* Rodier, sur l'art. 28 du tit. XI de l'ord., *Quest.* 1re, Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 403, et Demiau, p. 248.)

Cependant, Denevers (*voy. Supplément*, 1809, p. 40), et Hautefeuille, p. 186, disent que la cour de Colmar, par arrêt du 22 fév. 1809 (Sirey, t. 14, p. 455), a décidé que la demande en intervention ne peut être formée par requête d'avoué à avoué, attendu que la demande en intervention est une demande faite directement à la justice ; que le mot *requête* suppose qu'elle est destinée à lui être présentée, et qu'elle doit conséquemment être remise à un des juges, pour en être fait rapport et être répondue.

Il est essentiel de remarquer ici qu'il ne résulte point de là que la cour de Colmar ait jugé que la requête ne doit pas être faite par acte d'avoué à avoué, mais seulement qu'elle aurait décidé que l'intervention n'est formée que par la présentation de cette requête au tribunal ; c'est d'ailleurs ce qui est exprimé dans l'arrêt même. On y lit, en effet, que, si la loi a voulu que la signification des requêtes fût faite d'avoué à avoué, on ne doit pas en conclure qu'elle ait entendu dispenser les parties de les présenter à la cour ou au tribunal à qui elles sont adressées.

Mais est-il bien juste de dire que l'intervention ne peut être formée qu'autant que la requête a été remise à un juge, pour en être fait rapport et être répondue? Nous ne le pensons pas, et peut-être serions-nous fondé à dire que l'usage est conforme à notre opinion. De ce que le législateur veut que l'intervention soit formée par requête, il n'en résulte pas, selon nous, que cette requête doive être répondue sur le rapport d'un juge; si la loi l'eût voulu, elle s'en fût exprimée; elle eût dit que la requête serait remise au président, qui en ferait rapport ou commettrait à cet effet un des juges. Si, d'ailleurs, la loi n'exige un jugement sur l'intervention que dans le cas où elle est contestée (*voy.* art. 341), comment admettre que la requête doive être répondue à l'audience? Aussi nul des commentateurs du Code n'a-t-il donné de décision semblable à celle de la cour de Colmar. (*Voy.* nos questions sur les articles 364, 492 et 493) (1).

[Quoique la doctrine consacrée par l'arrêt de la cour de Colmar ait trouvé peu d'approbateurs parmi les jurisconsultes, elle a été embrassée par la cour de Riom. dans un arrêt du 8 mai 1829 (Sirey, t. 29, p. 296). Et cependant, le 2 janv. de la même année, la même cour avait jugé le contraire. (Sirey, t. 29, p. 54.) Il est vrai qu'en déclarant recevable l'intervention formée par une requête non répondue, la cour de Riom n'avait pas cru pouvoir se contenter, pour appuyer sa décision, du motif que la loi n'exige nulle part la présentation de la requête à un juge; elle avait ajouté que, quand cette présentation serait exigée, il y avait dans l'espèce une fin de non-recevoir contre la nullité qui résulterait de l'omission de cette formalité.

Mais, dans son arrêt du 8 mai, la cour a avancé que, lorsque la loi prescrit ou autorise une demande quelconque par la voie de la requête d'avoué, elle suppose nécessairement que la requête doit être suivie d'une ordonnance signée du juge. Elle avait porté la même décision par le même motif, à propos d'une requête en péremption, le 17 avril 1826. (Sirey, t. 27, p. 213. — *Voy.* nos questions sur l'art. 400.) Ce motif nous semble détruit par le texte des divers articles qui spécifient les cas où l'ordonnance du juge est nécessaire pour l'introduction d'une demande, l'abréviation des délais (C. de proc., art. 72, 558, 1037, etc.) : toujours pour des significations à faire à la partie, mais nulle part on ne lit dans le Code de proc., que, dans une instance liée, une requête d'avoué à avoué sera ordonnancée par un juge. D'ailleurs, de quelle utilité serait cette ordonnance que le juge ne serait pas maître de refuser, puisque la partie tient directement de la loi, le droit dont elle réclame l'exercice? *Frustrà impetratur à judice quod à lege conceditur.*

Si le législateur eût voulu qu'on suivît cette marche, il s'en serait expliqué ; il eût dit, comme le fait observer Carré, que la requête serait remise au président, qui ferait son rapport ou commettrait un des juges à cet effet : or l'art. 339 se borne à dire que l'intervention est formée par *requête*. D'ailleurs la loi n'exige un jugement sur l'intervention que dans le cas où elle est contestée (art. 341); dès lors comment admettre que la requête doive être répondue à l'audience? La raison indique assez que c'est aux avoués qu'elle doit être signifiée; car l'intervention est une demande incidente de sa nature, et qui se rattache à une instance déjà engagée; les avoués de la cause ont besoin de la connaître puisqu'ils doivent y défendre. Aussi l'usage général est-il contraire à cette doctrine. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 600, en donne une raison plus péremptoire encore

(1) Remarquons qu'il n'est pas besoin d'autant de requêtes d'intervention qu'il y a d'instances liées entre les parties principales. (Rennes, 15 mai 1812, [et 14 août 1811.)]

peut-être, parce qu'au lieu d'être fondée sur l'absence d'une loi, elle l'est sur un texte positif. Ce texte, c'est la combinaison des articles 75 à 79, et 90 à 94 du Tarif. Il en résulte que les requêtes non grossoyées doivent seules être représentées et répondues, et non pas les requêtes grossoyées; puisque, dans la taxe des premières, entre la vacation pour obtenir l'ordonnance, et qu'il n'en est pas ainsi à l'égard des secondes. Or, d'après l'art. 75, §§ 17 et 45, c'est dans la classe de celles-ci que se trouve la requête en intervention. Nous ne croyons donc plus possible qu'une pareille erreur soit consacrée à l'avenir par les cours et tribunaux; repoussée qu'elle est par les autorités ci-dessus, et, de plus, par Favard, t. 3, p. 119, n° 3, et Thomine, n° 387. Néanmoins, Dalloz, t. 18, p. 193, n° 5, sans donner de motifs et surtout sans réfuter les motifs contraires, approuve la décision de la cour de Colmar, que Coffinières avait également admise dans la Jurisprudence des cours souveraines, t. 4, p. 318. Mais son opinion est abandonnée depuis longtemps.]

1273. ***L'intervenant doit-il, à peine de nullité, énoncer dans la requête d'intervention, ses nom, profession et domicile, et y joindre les pièces justificatives?***

Cette question a été résolue pour l'affirmative par l'arrêt de la cour de Colmar déjà cité sur la question précédente, attendu, sur le premier point, qu'une requête en intervention présente une demande nouvelle et principale de celui qui prend cette voie; qu'il devient lui-même une nouvelle partie, et qu'il faut, par conséquent, qu'il indique, comme tout demandeur qui introduit son action, ses nom, profession et domicile, ainsi que le prescrit l'art. 61, à peine de nullité.

Nous remarquerons que, dans l'espèce, il s'agissait d'une intervention formée par des personnes qui n'étaient désignées que sous le nom collectif d'*héritiers de tel*.

Quant au second point, la cour de Colmar n'a point donné ses motifs; mais nous remarquerons que l'art. 339 ne dispose point à peine de nullité, et que conséquemment, d'après l'art. 1030, on ne pourrait annuler la requête pour défaut de copie des titres. Si, comme nous venons de le dire, cette même cour a annulé une requête d'intervention pour défaut de mention des nom, profession et domicile de l'intervenant, c'est en vertu de l'art. 61, qui prononce la nullité de tout exploit qui ne contiendrait pas la mention des nom et profession de celui à la requête duquel un exploit est donné.

La cour considéra, avec raison, qu'il tenait à la substance de la requête que l'intervenant se fît connaître; mais il ne tient pas à la substance de cet acte que la copie des titres soit donnée. Cette obligation n'est qu'une formalité accessoire de la requête : or, un accessoire ne peut, sous aucun rapport, tenir à la substance d'un acte; il n'y a que ce qui est *inhérent* et *intrinsèque* qui puisse être considéré comme *substantiel* (1).

[La première des deux solutions extraites par Carré de l'arrêt de la cour de Colmar nous paraît conforme au véritable esprit de la loi; c'est également l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 600; et nous croyons qu'elle n'est point contrariée par un arrêt de la cour de cass. du 6 avril 1830 (Sirey, t. 30, p. 412), qui juge qu'une intervention n'est pas nulle parce que les intervenants n'auraient pas indiqué leurs qualités et leurs titres. Les faits de la cause ont seuls déterminé cette décision; car ils établissaient que ces titres et qualités étaient suffisamment connus d'ailleurs.

Quant à la seconde solution, l'opinion de Carré nous paraît préférable à celle de la cour de Colmar; tout au plus, les copies postérieures pourraient ne point passer en taxe. C'est l'avis unanime de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 601, Favard, t. 3, p. 119 et 120, n° 3, Dalloz, t. 18, p. 193, n° 4, et Thomine, n° 388, qui partagent aussi notre sentiment sur la première partie de la question. Les cours de Grenoble,

---

(1) En effet, l'art. 339 porte : *L'intervention sera formée par requête, qui contiendra les moyens et conclusions.*

Voilà tout ce qui tient à la substance de l'acte, puisque c'est tout ce qui le compose.

L'article ajoute : *dont il sera donné copie, ainsi que des pièces justificatives :* cette copie des pièces ne fait pas partie de la requête.

Ainsi, lorsqu'elle n'a point été donnée, il n'y a pas lieu à annuler cet acte, mais seulement à interdire à l'intervenant de plaider jusqu'à ce qu'il la fournisse : on se retrouve ici dans l'espèce de l'art. 65. C'est aussi ce que la cour de Rennes a jugé, par arrêt du 26 juin 1815.

Contre cette opinion, l'on oppose l'art. 673, qui exige copie du titre en tête du commandement, et dont la violation emporte nullité. Mais cette objection est absolument dénuée de fondement; car si le commandement est nul, faute de copie de titre, c'est parce que l'art. 717 prononce la nullité pour omission de ce que prescrit l'art. 673; mais nulle part le législateur n'applique cette peine à l'omission de la copie des pièces dans la requête d'intervention. Loin de là, il n'est pas douteux que la copie des titres puisse être donnée par acte séparé de la requête : donc le défaut de copie ne peut l'annuler. La loi dit, en effet, *dont il sera donné copie, ainsi que des pièces*, et non *dont il sera donné copie* AVEC *celle des pièces*, ou *dont il sera donné copie contenant celle des titres*. Or, aucun délai n'est fixé pour donner cette dernière copie; on est donc à temps de se conformer à la disposition de la loi quand on veut, à moins que la partie adverse ne l'ait exigée de suite, auquel cas on ne peut la refuser.

22 déc. 1815 (Dalloz, t. 18, p. 182), et de Rennes, 21 juin 1817 (Dalloz, t. 18, p. 181), ont jugé qu'une requête en intervention n'est pas nulle parce que l'on s'y borne à indiquer les pièces justificatives sans en donner copie, surtout, dit la cour de Bordeaux le 25 janv. 1833, si ces pièces ont été déjà notifiées aux parties en cause; et d'ailleurs, rien n'empêche qu'elles ne le soient plus tard, ajoute la cour de Nîmes, arrêt du 5 fév. 1830.

Il est bien vrai, d'après la même cour de Nîmes, 28 nov. 1811, qu'une demande en intervention, non accompagnée de pièces justificatives ne peut retarder le jugement de la cause qui est en état. Mais cette décision ne fait rien à la question, puisqu'il en serait de même, suivant les termes formels de l'art. 340, de l'intervention la plus régulière et la plus complète.]

[1273 bis. ***Les parties qui reçoivent la signification d'une intervention peuvent-elles répondre à la requête? Dans quel délai?***

Elles peuvent répondre; car : 1° La défense est de droit naturel; 2° L'intervention étant une demande incidente, il doit être permis d'y répondre, suivant l'art. 337, § 2; enfin l'article 341 dit que si l'intervention est contestée par l'une des parties, l'incident est porté à l'audience : comment la requête d'intervention peut-elle être contestée, si ce n'est par la réponse que chacune des parties a le droit d'y faire? Il faut cependant faire observer qu'il n'en est pas ainsi en matière sommaire; dans ce cas, on ne peut pas répondre par écrit.

Notre avis est partagé par Lepage, p. 222, 3e *Quest.*, Berriat, sur le titre, et Pigeau, *Commentaire*, t. 1, p. 600.

Pour cette réponse, le Code de procédure civile n'a pas fixé de délai, mais il est facile de voir que cela n'était pas nécessaire: « Une demande incidente, dit Lepage, p. 223, 4e *Quest.*, *in princip.*, n'est jamais faite qu'entre des parties qui ont avoué en cause; elles sont donc toujours prêtes à répondre réciproquement aux actes d'avoué à avoué. Si l'audience, provoquée par l'une des parties, arrive avant que l'autre ait répondu sur l'incident, la réponse sera donnée verbalement à l'audience; et, si les circonstances nécessitent un délai plus long, le tribunal pourra accorder une remise. » Pareil raisonnement s'applique à l'intervention, qui est une véritable demande incidente, et même avec plus de force encore, puisqu'aux termes de l'art. 340, l'intervention ne doit pas retarder le jugement de la cause principale.]

[1273 ter. ***Celui qui intervient dans une instance dont le défendeur n'a point constitué avoué, ou bien dans laquelle l'un des défendeurs seulement est défaillant, est-il tenu de lui faire signifier sa demande en intervention?***

« Il faut considérer, dit Lepage, p. 222, » 2e *Quest.*, 4e alin., que l'intervention est une » véritable demande incidente, et que la partie » qui ne constitue pas avoué ne peut prendre » part à aucun incident. » De là cet auteur conclut que l'intervention ne peut être signifiée qu'aux avoués de la cause; mais pourquoi ne pas vouloir qu'on fasse connaître au défaillant le nouvel incident qui vient changer la face de la procédure? N'est-il pas possible que cette circonstance le détermine enfin à venir prendre un rôle dans l'instance dont son silence prolonge la durée? Et ce but, pourquoi ne chercherait-on pas à l'atteindre? N'oublions pas que le législateur désire surtout mettre fin aux procès. C'est dans ce dessein que l'intervention a été autorisée; par conséquent c'est se conformer à l'esprit de la loi, que de permettre de faire signifier la requête par laquelle un tiers intervient, à la personne ou au domicile de celui qui n'a pas d'avoué en cause. On peut dire que ce cas est plus favorable que toute autre demande incidente. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 600, veut même qu'on assigne le défaillant, qu'on obtienne un jugement de jonction, qu'on le lui signifie, et enfin qu'on le réassigne pour le jour auquel la cause sera appelée entre les autres parties. Cette procédure surabondante augmenterait beaucoup les frais, et pourrait prolonger longtemps l'instance principale : ce n'est pas là, selon nous, le vœu de la loi.

Sous notre *Quest.* 621 *sexies*, nous avons décidé que, par ces mots *parties assignées* de l'art. 153, il ne faut entendre que *les parties assignées à la requête du demandeur*, assignées conjointement, pour le même objet, à la même requête. Ainsi, la procédure du défaut-joint ne peut être admise dans le cas actuel.]

[1273 quater. ***Si la demande principale est déclarée nulle, irrecevable, ou mal fondée, faut-il néanmoins faire droit sur l'intervention?***

On doit distinguer le cas où la demande principale est repoussée par des motifs tirés du fond, de celui où elle est rejetée à raison d'une nullité ou d'une fin de non-recevoir.

Dans le premier cas, auquel se rapportent les deux espèces jugées par la cour de Bourges, les 2 avril 1828 (Sirey, t. 29, p. 248), et 13 mai 1831 (Sirey, t. 32, p. 45), on décide, sans difficulté, qu'un jugement défavorable à la demande principale n'empêche pas qu'il soit statué sur l'intervention. En effet, l'intervention d'un tiers dans une instance n'a pas toujours pour objet de soutenir l'action principale; elle tend souvent à des intérêts particuliers, et forme ainsi une action différente et nouvelle,

d'où il faut conclure que si le demandeur principal succombe, le tribunal n'en doit pas moins examiner les droits de l'intervenant.

S'il s'agit du rejet de la demande principale par un moyen de nullité ou par une fin de non-recevoir, les opinions se divisent.

On objecte que l'intervention ne peut plus se soutenir; qui dit *intervention* dit une instance introduite incidemment à une autre, qui s'appuie sur celle-ci comme sur une base. Voilà pourquoi la requête est suffisante et régulière pour lui donner l'existence, pour la greffer en quelque sorte sur l'instance déjà pendante. Mais si celle-ci est déclarée nulle ou irrecevable, la conséquence naturelle de ce jugement, c'est qu'elle sera censée n'avoir jamais existé. Or, s'il n'y a pas eu d'instance principale, peut-on concevoir une intervention? La seconde, qui n'avait d'existence que par la première, ne doit-elle pas suivre son sort? La voie de la requête, qui eût été certainement régulière pour élever incidemment l'une sur l'autre, peut-elle conserver aucune efficacité lorsque la seconde ne peut plus se soutenir que par ses propres forces? Une demande isolée peut-elle être considérée comme valable, lorsqu'elle n'est pas introduite par un exploit d'ajournement? Ce système a été consacré par les cours de Poitiers, 5 juill. 1826, et de Nîmes, 16 janvier 1832, d'après lesquelles l'intervention sur l'appel devient inadmissible lorsque l'appel est déclaré nul.

Mais, le 16 juill. 1834 (Sirey, t. 34, p. 540), la cour de cassation a adopté la solution contraire. Quelle que soit, dit-on dans cette dernière opinion, la nullité ou la fin de non-recevoir qui puisse être opposée à la demande principale, celle-ci n'en subsiste pas moins tant que la nullité n'a pas été prononcée, la fin de non-recevoir admise. Or, l'intervention est antérieure à ces événements, elle date de l'époque où la demande principale subsistait encore, d'une époque où l'intervenant ne faisait qu'user de son droit en employant la voie de la requête. Peut-on plus tard, et par suite de circonstances qui ne sont pas de son fait, le priver de ce droit acquis? Peut-on lui refuser un jugement que, dans l'origine, il avait régulièrement sollicité?

Sans nous dissimuler la gravité de cette question, nous croyons pouvoir adopter le sentiment de la cour suprême. C'est sur l'application du même principe que repose notre solution, *Quest.*, 1680.]

Art. 340. L'intervention ne pourra retarder le jugement de la cause principale, quand elle sera en état.

(V. *infrà*, art. 343.) — [Carré, *Compét.*, art. 258, *Quest.* 252.]

CCLXXXII. On peut intervenir dans une instance en tout état de cause, même sur l'appel (art. 466). Cependant l'intervention ne peut devenir un moyen de retarder le jugement de la cause principale, dès qu'elle se trouve en état d'être jugée. En effet, la partie que l'intervenant attaque ne doit pas souffrir de ce qu'il lui a plu de se joindre à la partie adverse, et de ce qu'il s'est présenté trop tard. Si donc le tribunal se trouve suffisamment instruit pour statuer sur les moyens respectifs du demandeur et du défendeur, et que ceux de l'intervenant soient encore obscurs et non vérifiés, il doit passer outre, s'il en est requis, au jugement définitif de la demande originaire, sauf à l'intervenant à procéder par action séparée.

[1273 quinq. ***Quand la cause est-elle en état, suivant la disposition de l'article*** 340?

D'après Berriat, p. 768, deuxième alinéa, note 30, *b*, c'est lorsque *toute l'instruction est achevée*. Ainsi l'on voit que ces expressions *cause en état* n'ont pas le même sens dans l'art. 340 que dans les art. 342 et 343, au titre de la reprise d'instance, quoique, même pour ce dernier cas, nous donnions à ces expressions, ainsi qu'on peut le voir sous notre *Quest.* 613 *bis*, un sens bien moins étendu que celui qu'on leur attribue généralement.

Mais ici il doit encore être plus restreint; et la cause en état ne sera pas celle où les conclusions auront été contradictoirement posées à l'audience utilement indiquée pour les plaidoiries, mais bien celle dans laquelle l'instruction sera complète, et où il ne sera plus permis aux parties principales d'y rien ajouter.

La raison de cette différence est sensible; en effet, si l'on ne permettait pas d'intervenir dans une instance où il a été pris des conclusions contradictoires, il en résulterait que l'intervention ne pourrait presque jamais avoir lieu: car ce n'est que par la nature des conclusions qui ont été prises, qu'un tiers peut être instruit de l'objet de la cause principale, et qu'il peut voir s'il est de son intérêt qu'il intervienne. Tel est le motif qui a déterminé la cour suprême de Bruxelles, dans son arrêt du 15 juin 1822. (*V.* Merlin, *Rép.*, t. 23, p. 177, et J. de B., 1822, 2e, p. 161.) Thomine, n° 388, et Boitard, t. 2, p. 10, émettent la même opinion.

Au surplus, il a été jugé par la cour de cassation, le 17 janv. 1826, qu'on n'est plus recevable à intervenir devant la section civile, lorsque les plaidoiries sont terminées et le ministère public entendu.

L'arrêt de la cour de Rennes du 16 février 1815 (Dalloz, t. 24, p. 421), qui décide qu'on ne peut intervenir dans une instance en expropriation forcée, trois jours avant l'adjudication définitive, ne peut s'expliquer que par

cette circonstance que les intervenants proposaient des moyens de nullité contre l'adjudication préparatoire, et que, d'après l'art. 735, ils doivent l'être vingt jours au moins avant l'adjudication définitive.]

1274. ***Résulte-t-il de la disposition de l'article* 340 *que l'intervenant doive prendre l'affaire en l'état où elle se trouve, en sorte qu'il ne puisse opposer une exception déclinatoire ou dilatoire?* [*L'article* 340 *est-il applicable à l'intervention forcée?*]**

C'est un principe consacré par la jurisprudence, que l'intervenant doit toujours être prêt à plaider, fût-ce le lendemain de la signification de la requête. (*V.* Rodier.)

Aussi, l'intervenant n'a pas le droit de décliner la juridiction du tribunal saisi de la demande principale. [Le tribunal saisi de la demande principale est toujours compétent pour juger de l'intervention. Anciennement, dans certains cas, l'intervenant pouvait attirer l'affaire devant un autre tribunal; mais les priviléges de *Committimus* n'existent plus. L'intérêt des parties et l'intérêt public s'opposent à la division du procès; et l'intervenant étant demandeur, doit suivre la juridiction du défendeur. C'est en conséquence de ces principes qu'il a été jugé par la cour de cassation, le 5 janv. 1825 (Sirey, t. 26, p. 140), que lorsque, dans une liquidation devant notaire, ordonnée par un jugement qui déclare une femme et un mari séparés de biens, des individus se prétendant créanciers de la femme interviennent spontanément, et que leur qualité de créanciers est contestée par la femme, cette contestation doit, comme incident, être jugée par le tribunal qui a prononcé la séparation de biens et ordonné la liquidation. Cependant, quoique l'intervenant ne puisse décliner la compétence du juge de l'action principale, il aurait le droit de le récuser.] Il ne peut non plus proposer d'exception dilatoire (*voy.* Bornier, Jousse et Rodier, sur l'art. 28 du tit. XI de l'ord.); il doit enfin prendre l'affaire en l'état où elle se trouve, c'est-à-dire se réduire aux seuls actes qui restent à faire pour l'instruction.

De là Rodier soutient, contre Jousse (art. 36 du tit. XXII de l'ord.), que l'intervenant reçu au procès, lorsque les enquêtes des deux parties sont terminées, n'est pas admissible à en faire une.

Duparc-Poullain, t. 9, p. 391, n° 122, dit que si l'intervenant a un véritable intérêt dans l'affaire, on lui objecterait inutilement qu'il doit prendre l'instance dans l'état où elle se trouve; car cette proposition n'a pas d'autre sens, sinon que la procédure qui a été faite jusqu'à l'intervention doit subsister. Il est indubitable, ajoute-t-il, que tous les droits de l'intervenant sont entiers, et qu'ainsi il peut, de son chef, faire valoir tous les moyens qui peuvent établir ses droits.

Supposons, par exemple, que le procès soit lié avec un héritier, et qu'après les enquêtes ou la forclusion acquise contre lui, un de ses cohéritiers intervienne, sans qu'il puisse y avoir de difficulté sur sa qualité et son intérêt; par quel motif pourrait-on lui refuser la preuve par témoins, sur une créance qui n'excéderait pas 150 fr., et dans laquelle il a un droit indivis? On opposera l'art. 340, qui porte que l'intervention ne peut retarder le jugement de la cause principale; mais la partie adverse ne doit-elle pas s'imputer d'avoir négligé de mettre en cause tous les intéressés dans l'affaire? Et d'ailleurs, si, après les enquêtes, elle avait jugé à propos de mettre en cause ce cohéritier, pourrait-elle lui opposer la forclusion acquise contre son consort? Cela, dit Duparc, serait contre la justice et la raison. Or, il n'y a pas de différence entre cette espèce et celle d'un intervenant, qui a pu même ignorer l'instance jusqu'au temps de son intervention. Telle est aussi notre opinion, mais avec la distinction ci-dessous énoncée en la note (1).

---

(1) Cette distinction est faite par Bornier, et d'après lui par les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 315, et Berriat, *h. t.*, note 12, entre l'intervenant qui attaque les deux parties, et celui qui se borne à appuyer l'une d'elles. Par les motifs énoncés au commentaire de l'article, ce dernier doit, sans contredit, prendre la cause en l'état où elle se trouve; mais il ne serait pas juste que le premier fût la victime de ce qu'on ne l'a pas appelé dans un procès où il est évidemment intéressé, et de la rapidité avec laquelle les parties auraient instruit la cause, dans le dessein peut-être de le priver de ses droits.

Nous ne dissimulons pas toutefois, comme le dit aussi Berriat, que cette opinion semble contrariée par l'art. 340 : c'est pourquoi Demiau, p. 248, dit que l'intervention ne peut retarder du tout la cause, lorsqu'elle est en état, c'est-à-dire lorsqu'elle est parvenue au degré d'instruction indiqué en l'art. 343; mais si l'on donne à cet article un sens aussi étendu que la généralité de ses termes paraît le permettre, il en résultera que les tiers qui n'auront pas connu l'instance primitive aussitôt après la demande, préféreront à une intervention la voie de la tierce opposition, où ils seront libres d'instruire complétement leur cause; par conséquent, le but de la loi institutive de l'intervention, c'est-à-dire celui de prévenir la multiplication des procès, sera tout à fait manqué. (*V.* Thomine, n° 388.)

Au surplus, si l'opinion que nous venons d'émettre offre quelques difficultés à raison de la disposition générale de l'art. 340, ce n'est du moins qu'à l'égard de la partie qui intervient volontairement; car celle dont l'intervention serait forcée, et qui, par exemple, serait assignée en déclaration de jugement commun, ne peut avec justice être contrainte à paraître, peut-être au moment de l'audience même, pour être aussitôt jugée, sans avoir usé des voies d'instruction dont elle aurait joui, sans avoir pu opposer les moyens de défense qu'elle aurait pu produire dans la procédure de

[Cette distinction, que nous adoptons avec Favard, t. 3, p. 120, n° 4, et Thomine, n° 388, se trouve consacrée par un arrêt de la cour de Riom du 7 mai 1825 (Sirey, t. 26, p. 146), qui a jugé qu'un cohéritier qui intervient pour s'unir à son cohéritier dans leurs communs moyens de défense, doit prendre la cause en l'état où elle se trouve, et ne peut provoquer une nouvelle enquête sur des faits qui ont déjà donné lieu à une première.]

Art. 341. Dans les affaires sur lesquelles il aura été ordonné une instruction par écrit, si l'intervention est contestée par l'une des parties, l'incident sera porté à l'audience.

[Tar. rais., n° 257.] — C. pr., art. 338. — (*Voy.* Formule 295.)

CCLXXXIII. Quand la demande principale n'est pas instruite par écrit, la demande en intervention est, au même jour qu'elle, portée à l'audience, et tout est jugé par le même jugement.

Quand, au contraire, une instruction par écrit ou même un simple délibéré sur rapport ont été ordonnés, il faut distinguer si les parties principales ou l'une d'elles soutiennent l'intervention non recevable, ou si l'admission en cause de l'intervenant n'est pas contestée. Dans le premier cas, la partie la plus diligente poursuit l'audience par un simple acte, pour faire juger incidemment la question de savoir si l'intervention doit être admise ou rejetée; dans le second, il suffit du consentement des parties principales pour lier, entre elles et l'intervenant, la contestation en cause, et pour autoriser ce dernier à produire sa requête et ses pièces justificatives, soit au greffe, soit entre les mains du rapporteur, qui dès lors prépare et fait son rapport, tant sur le principal que sur l'incident.

Ainsi, l'on voit que, dans les affaires jugées sur plaidoirie à l'audience, les juges ont à décider tout à la fois : 1° si l'intervention est recevable; 2° si les conclusions de l'intervenant sont bien fondées; tandis que, dans celles instruites par écrit ou mises au rapport, ils n'ont à statuer en définitive que sur ce dernier point.

[Il ne peut s'élever le moindre doute sur le point de savoir si l'intervention non contestée a besoin d'être admise par jugement. Les parties ne sont-elles pas libres d'admettre au procès qui bon leur semble? Aussi l'inutilité de ce jugement est-elle unanimement reconnue par Lepage, p. 224, Berriat, *h. t.*, note 12, Pigeau, à l'art. 3, n° 3, du chap. de l'*Intervention*, et *Comm.*, t. 1, p. 602, Demiau, p. 248 et 249, Delaporte, t. 1, p. 322, Thomine, n° 389, et Boitard, t. 2, p. 11.]

1275. ***Le jugement qui reçoit ou qui rejette l'intervention contestée est-il préparatoire ou interlocutoire?***

On pense généralement que, dans les causes d'audience, les parties doivent, encore bien que l'intervention soit contestée, instruire en même temps sur l'intervention et sur le prin-

---

la tierce opposition, si elle n'avait pas été appelée sous le cours de l'instance principale.

Ici encore nous ne pouvons dissimuler qu'un arrêt de la cour de cass. du 18 août 1808 (Sirey, t. 8, p. 453), paraîtrait s'opposer à cette solution; mais, comme le remarquent Berriat, *h. t.*, note 14, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 406, les motifs de cet arrêt n'ont été fondés que sur des faits particuliers de la cause. Son autorité ne saurait donc détruire l'opinion où nous sommes, ainsi que ces auteurs, que, dans le cas d'une intervention forcée, on doit accorder à la partie un délai suffisant pour proposer ses moyens, et que, conséquemment, on ne peut procéder de suite au jugement du fond, quand même la cause serait en état entre les parties qui étaient déjà en instance.

[Favard, t. 3, p. 120, n° 4, fait observer aussi que, si l'intervention est forcée, et qu'avant le jugement de la cause, l'intervenant n'ait pas le temps de rassembler ses pièces, et de préparer ses moyens, l'équité exige qu'il lui soit accordé un délai suffisant. En effet, s'il arrive tard, ce n'est pas à lui qu'il faut l'imputer, c'est à la partie principale qui ne l'a pas appelé plus tôt. Dalloz, t. 18, p. 189, n° 3, embrasse cette opinion qui nous paraît fondée. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 601, apporte même un tempérament à la rigueur de l'art. 340, dans le cas d'une intervention volontaire. Si l'on voyait, dit-il, que l'intervenant tardif dût souffrir, par le jugement, un préjudice assez notable pour provoquer de sa part une tierce opposition, nul doute qu'il ne fût plus sage, afin d'éviter un second procès, et peut-être deux décisions contradictoires, d'attendre l'époque où l'on pourrait juger la contestation entre toutes les parties à la fois.

C'est là, nous le croyons, la procédure que voudront suivre les tribunaux, toutes les fois que cette condescendance n'aura point d'inconvénient. Mais supposons que celle des parties principales qui n'est pas l'auteur de l'appel en intervention démontre qu'il y a péril en la demeure, et demande jugement; à notre avis, on ne pourra se dispenser d'accueillir ses conclusions en rejet de délai, et l'on devra par conséquent juger sans avoir égard à la présence de l'intervenant même forcé. Que devient alors la règle d'équité posée par Favard? Il nous semble qu'elle ne sera point violée, si le dommage qui peut résulter d'un jugement ainsi précipité retombe, non pas sur l'intervenant qui n'a pas été mis à même de le prévenir, mais sur la partie qui a à s'imputer de n'avoir pas appelé ce tiers en temps utile. Nous croyons donc que ce serait à celle-ci à supporter toutes les conséquences du retard.

Au reste, puisqu'il suffit qu'elle ne retarde pas le jugement de la cause principale, une intervention ne doit pas être regardée comme tardive, à quelque époque de la procédure qu'elle ait lieu, si les moyens de l'intervenant peuvent être vérifiés aussi promptement que ceux des autres parties; la cour de Bordeaux l'a ainsi jugé, le 25 janvier 1833. (*Voy.* notre *Quest.* 1273 *quinq.*)]

cipal, pour y être statué par un seul et même jugement, sauf au juge à statuer d'abord sur l'intervention, et à renvoyer la décision du fond. (*V.* Rodier, sur l'art. 28 du tit. XI de l'ord.; Hautefeuille, p. 186.)

Mais, dans les affaires qui s'instruisent par écrit, l'art. 341 veut que l'incident sur la contestation soit porté à l'audience.

Cette contestation consiste, par exemple, à établir que l'intervenant est étranger à la cause, que le jugement à intervenir sur le fond ne peut lui porter ni préjudice ni avantage, etc. C'est à l'intervenant à soutenir sa demande par les moyens inverses, c'est-à-dire en démontrant son intérêt.

Sur ce débat intervient un jugement que la cour de Montpellier, par arrêt du 12 avril 1809 (Dalloz, t. 18, p. 466; Sirey, t. 14, p. 435), a déclaré être essentiellement préparatoire, et conséquemment non susceptible d'être attaqué par voie d'appel avant le jugement définitif (1).

Nous croyons, comme l'a jugé cet arrêt, qu'un jugement qui admet ou qui rejette une intervention est préparatoire de sa nature; mais nous admettons avec Coffinières, qu'il pourrait être considéré comme interlocutoire, s'il était démontré que l'admission ou le rejet de l'intervention pût influer sur le jugement à rendre au fond (2).

[*V.* notre observation à la note, et, sur l'art. 452, la *Quest.* 1616.]

QUATRIÈME SUBDIVISION.

DE LA PROCÉDURE INCIDENTE, RELATIVE A L'INTERRUPTION DE L'INSTANCE PAR CHANGEMENT DE PERSONNE OU D'ÉTAT DANS LES PARTIES OU LEURS AVOUÉS.

L'instance introduite par l'exploit de demande subsiste devant le juge saisi de la contestation, jusqu'à ce qu'elle ait été terminée par jugement (*voy.* aux observations préliminaires du titre de l'ajournement, 3°, et à celles du titre des jugements, 3° de la note 1), par péremption (*infrà*, tit. XVII), par désistement (*infrà*, tit. XXIII), ou par compromis (*infrà*, 2e part., liv. III, titre unique).

Mais elle peut être interrompue dans son cours par suite de la volonté des parties, lorsqu'elles-mêmes discontinuent leurs poursuites, soit malgré elles, lorsqu'il survient des événements qui ne permettent de les continuer qu'après la cessation des obstacles qu'ils opèrent.

A ce sujet, le législateur, prenant en considération particulière les cas du décès d'une des parties, ou d'empêchement de son avoué, prescrit ce qu'il y a à faire pour que l'instance reprenne son cours (3). C'est l'objet du tit. XVII.

---

(1) Les motifs de cet arrêt sont, d'une part, que l'art. 341 qualifie d'incident la demande en intervention; de l'autre, que l'art. 340 dispose que l'intervention ne pourra retarder le jugement de la cause principale, quand elle sera en état : d'où il suit que, dans l'intention du législateur, le jugement qui reçoit l'intervention est dans la classe des jugements préparatoires dont l'appel n'est pas recevable, puisque, s'il pouvait être reçu, l'appel ne pouvant suspendre le jugement de la cause principale, la demande en intervention serait presque toujours vaine et illusoire, quand même elle serait trouvée fondée par l'arrêt postérieur.

Coffinières, en rapportant ce même arrêt dans son *Rec. de la jurisp. des cours souv.*, t. 4. p. 322, remarque que l'on pourrait admettre, en ce cas, une distinction consacrée par plusieurs arrêts, notamment par une décision de la cour de cassation qu'il rapporte au même tome, p. 269. Cette décision range un jugement qui ordonne la mise en cause d'une tierce personne dans la classe des interlocutoires, attendu l'influence que cette mise en cause peut avoir sur la décision du procès.

(2) Au reste, nous reviendrons sur cette question, en examinant les difficultés que peuvent présenter, dans la pratique, les art. 451 et 452, C. pr. (*V.* nos questions sur ces deux articles.)

[Nous pensons, comme Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 602, que le jugement est définitif quand il rejette l'intervention, et interlocutoire quand il l'admet. Nous renvoyons, pour le développement de notre opinion, à la *Quest.* 1616.]

(3) On peut ajouter une foule d'autres événements, qui, d'après la disposition de la loi ou la nature de la cause, suspendent aussi l'instance, tels que l'incident de faux dans les tribunaux d'exception, la plainte en faux principal, les désaveux, les règlements des juges, toutes les demandes en renvoi, les questions préjudicielles; en un mot, tout événement qui exige une décision préalable à toute autre. Il ne s'agit ici que de ceux qui donnent lieu à reprise d'instance ou à constitution de nouvel avoué.

TITRE XVII.

DES REPRISES D'INSTANCE, ET CONSTITUTION DE NOUVEL AVOUÉ (1).

En matière de procédure, il est de principe élémentaire qu'aucune partie ne peut être jugée sans avoir fait ou pu faire entendre ses moyens de défense.

Or, ce principe s'oppose à ce qu'on passe outre à l'instruction d'une cause toutes les fois que, l'affaire n'étant pas en état de recevoir jugement, une partie décède, devient incapable d'ester en justice, ou cesse de pouvoir être représentée par l'avoué qu'elle avait constitué : il faut donc que les suites de l'instance soient suspendues jusqu'à ce qu'un héritier, un administrateur, un nouvel avoué, viennent remplacer le défunt ou l'incapable.

C'est ce changement de parties ou d'avoué qui donne lieu à la *reprise d'instance* et à la *constitution de nouvel avoué.*

On peut définir la *reprise d'instance,* l'acte par lequel ceux qui succèdent aux droits et obligations d'une partie, ou qui ont, à tout autre titre, droit et qualité pour la représenter, reprennent volontairement, ou sont forcés de reprendre l'instance dans laquelle cette partie était engagée.

La reprise volontaire se fait par une simple déclaration, signifiée à l'avoué adverse, d'entendre procéder d'après les *derniers errements* de l'instance (2).

La reprise forcée s'opère en exécution d'un jugement rendu sur assignation à celui qui doit procéder au lieu et place de la partie décédée ou devenue incapable.

La constitution de nouvel avoué est également un acte volontaire ou forcé, par lequel un avoué est institué, en cas de démission, interdiction ou destitution de celui qui avait été précédemment constitué.

Art. 342. Le jugement de l'affaire qui sera en état ne sera déféré ni par le changement d'état des parties, ni par la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient, ni par leur mort, ni par les décès, démissions, interdictions ou destitutions de leurs avoués.

Ord. de 1667, tit. XXVI, art. 1 et 2.—C. pr., art. 75, 93, 109, 148, 397, 426, 1038.—[Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. Ier, art. 147, § 7. — Locré, t. 9, p. 237 (3).]

CCLXXXIV. Nous venons de dire que c'est un principe élémentaire, en matière de procédure, qu'aucune partie ne peut être jugée sans avoir fait ou pu faire entendre ses moyens de défense, et que ce principe s'opposait, quand une partie décède ou devient incapable, ou cesse de pouvoir être représentée par l'avoué qu'elle avait constitué, à ce qu'on passât outre à l'instruction et au jugement du procès, nonobstant l'absence de cette partie, ou de son avoué. Ceux-ci n'ont plus le pouvoir de se faire entendre : il faut donc que la procédure soit suspendue pendant le temps nécessaire pour former une reprise d'instance, ou constituer un nouvel avoué.

Mais cette suspension de la procédure ne doit point avoir lieu dans tous les cas. Il faut distinguer si l'empêchement qui provient, soit de la partie, soit de l'avoué, n'a lieu qu'après que l'affaire est en état, ou s'il survient auparavant.

S'il n'a lieu qu'après, comme il ne s'agit plus alors ni de continuer l'instruction, puisqu'elle est achevée, ni d'entendre les conclusions, puisqu'elles ont été prises, mais seulement de vérifier et de juger la demande, ni le décès d'une partie, ni son changement d'état, ni la perte qu'elle a faite de son avoué ne peuvent être un motif de différer le jugement.

1276. *Qu'entend-on par ces mots,* CHANGEMENT D'ÉTAT DES PARTIES ET CESSATION DES FONCTIONS DANS LESQUELLES ELLES PROCÉDAIENT ?

Le législateur entend, par *changement*

---

(1) V. *suprà* les préliminaires du titre III, *constitution d'avoué et défenses*, et *infrà* sur l'article 397.

(2) En termes de pratique, ce mot *errement* signifie la dernière procédure, le dernier état d'une affaire. Ainsi, *procéder suivant les derniers errements*, c'est procéder dans l'état où se trouvait l'instance au moment de son *interruption*, et à partir conséquemment du dernier acte de la procédure.

(3) JURISPRUDENCE.

[Si un arrêt interlocutoire a autorisé la reprise d'instance dans une affaire qui était en état, sans réclamation de la part de ceux qui avaient intérêt à s'y opposer, cet arrêt doit être exécuté, et il peut être accordé au demandeur un délai pour mettre les héritiers en cause. (Brux., 8 août 1809; Dalloz, t. 23, p. 445.)]

d'état, le changement qui peut survenir dans l'état civil des personnes, relativement à la capacité que la loi leur donne ou leur refuse d'administrer par elles-mêmes leurs propres affaires, et, par conséquent, d'ester en justice, soit à raison de leur âge, soit à raison de leurs facultés intellectuelles, soit, enfin, à raison de la dépendance dans laquelle le mariage les aurait placées. Ainsi, par exemple, le mineur qui devient majeur, le majeur qui est interdit, éprouvent dans leur état un changement qui donne au premier le droit de continuer par lui-même l'instance, dans laquelle il ne pouvait plaider que par son tuteur, et qui en rend le second incapable; en un mot, la loi entend parler de tout changement d'état qui peut produire dans la personne soit une capacité, soit une incapacité qu'elle n'avait pas auparavant.

On entend par cessation de fonctions, la cessation des fonctions qui donnaient à un individu qualité pour ester en justice. Un tuteur, par exemple, perd le droit de soutenir un procès au nom de son mineur devenu majeur, puisque ses fonctions cessent par la majorité de celui-ci; il en est de même du tuteur d'un interdit qui aurait obtenu mainlevée de son interdiction, du mandataire dont les pouvoirs auraient été révoqués, etc., etc.

D'après l'art. 342, ce changement d'état, cette cessation de fonctions ne peuvent différer le jugement d'une affaire lorsqu'elle est parvenue au degré d'instruction déterminé par l'art. 343.

[Cette disposition de l'art. 342 pourrait faire croire que, lorsque l'affaire est parvenue au degré d'instruction qu'elle indique, le changement d'état ou la cessation des fonctions de la partie qui procéderait a dès lors pour effet d'interrompre les procédures et de retarder les jugements. Et cependant, l'art. 345 dispose formellement qu'il n'en est pas ainsi, et que, dans tous les cas, ce changement, cette cessation, antérieure ou postérieure à la mise en état de la cause, ne peut jamais être un prétexte d'interruption. (*V.* d'ailleurs, sur cet article, la *Quest.* 1283.) Boitard, t. 2, p. 13, fait observer, à ce sujet, avec beaucoup de raison, que la rédaction de l'art. 342 est évidemment vicieuse, puisque, en assimilant, pour le cas où l'affaire est en état, les quatre circonstances qu'il énumère, il fait supposer qu'on doit les assimiler aussi lorsque la cause n'est pas en état; en d'autres termes, si le changement d'état et la cessation des fonctions de la partie ne doivent *jamais* interrompre les poursuites, était-il besoin de dire que, dans un cas particulier, ces incidents ne produisent pas d'interruption?

Il est presque inutile de citer deux arrêts, l'un de le cour de Brux. du 8 août 1809 (Dalloz, t. 23, p. 445), l'autre de la cour de Paris du 12 janv. 1835, qui ont appliqué le principe de notre article, en décidant que le décès de l'une des parties, survenu après les conclusions contradictoirement prises, ne donne pas lieu à la reprise d'instance.

Cependant celui de la cour de Paris a quelque importance, parce qu'il décide en même temps que si un jugement est intervenu sur les conclusions depuis le décès, les parties ne peuvent renoncer au bénéfice de ce jugement, et en solliciter un nouveau après une reprise d'instance à laquelle s'est volontairement soumise la partie qui l'avait obtenu; si le tribunal rendait ce nouveau jugement dans l'ignorance du premier, il serait nul.]

1277. ***Lorsqu'un procès est en état d'être jugé, et que la contestation roule sur un droit* PERSONNEL *à une partie, c'est-à-dire non transmissible à ses héritiers, le décès de cette partie éteint-il le procès, en sorte que le tribunal ne puisse prononcer jugement, conformément à l'art.* 342?**

Pour que cette question soit bien saisie, il est nécessaire de rapporter une espèce dans laquelle elle s'est présentée.

Il s'agissait de décider si l'épouse d'un interdit conserverait l'administration de la communauté, à la charge que les deniers existants fussent mobilisés pour être appliqués en acquisition de biens-fonds. Le décès de cette dame, survenu au moment où l'affaire était en état, rendait inutile la décision de cette question, et cependant la cour de Bruxelles prononça en la résolvant pour l'affirmative.

On disait, devant la cour de cassation, que l'arrêt présentait une fausse application de l'art. 342, attendu qu'en principe général la mort éteint les procès; que la faculté de juger ceux qui seraient en état est une exception qu'il faut restreindre; exception qui suppose nécessairement qu'il s'agit de droits transmis à l'héritier du défunt; que le législateur n'a pu vouloir faire juger un procès désormais sans objet et sans utilité; que, dans l'espèce, la communauté étant dissoute, il n'y avait plus à décider qui l'administrerait.

Mais par arrêt du 1er juin 1808 (Sirey, t. 8, p. 341), la cour de cassation a décidé que, la cause étant en état, la loi permettait à la cour d'appel de procéder au jugement malgré le décès de la femme; que ce décès laissait à décider la question la plus importante qui était celle de l'immobilisation des deniers; qu'à la vérité, la demande que la femme avait formée afin de gérer la société devenait sans objet pour l'avenir, mais que, cependant, la cour d'appel avait pu, sans violer aucune loi, *juger cette question en droit et dans le rapport qu'elle pouvait avoir avec les dépens du procès.*

On remarquera, sans doute, que la nécessité de prononcer sur les dépens, dont la condamnation est essentiellement subordonnée au sort

de la demande au principal, est véritablement une raison décisive pour qu'un tribunal prononce, ainsi qu'il y est autorisé par l'art. 342, dans le cas même où le droit qui serait l'objet de cette demande fût absolument personnel au défunt.

[Nous partageons l'opinion de Carré et de la cour de cassation, qu'approuve aussi Favard, t. 4, p. 882, nº 1, et que Pigeau avait déjà émise en théorie, *Procédure civile,* au § 1er, art. 1er de la section *reprise d'instance,* en disant que, lorsqu'il s'agit d'un droit personnel, l'instance interrompue par le décès de la partie à qui ce droit compétait peut être reprise par les héritiers pour les accessoires, si ce n'est pour le principal.]

1278. ***Le refus d'un avoué de plaider une cause dans laquelle il aurait pris des conclusions empêche-t-il le tribunal de la juger?***

Non, puisqu'en cette circonstance, l'affaire se trouve en état par l'effet des conclusions prises, et, par suite de conséquence, le jugement qui intervient est réputé contradictoire. (*Voy.* l'arrêt de la cour d'Aix cité sur la *Question* 615, et l'article 28 du décret du 30 mars 1808.)

[Cet arrêt de la cour d'Aix, dont la jurisprudence a été constamment suivie depuis, est du 31 mai 1808. Le 23 mars 1819 (Sirey, t. 8, p. 280), la cour de cassation s'est prononcée dans le même sens. (*Voy.* cependant les exceptions signalées dans nos observations sur la *Quest.* 615.)]

1279. ***Y a-t-il lieu à assigner en reprise d'instance les héritiers d'un tiers saisi, décédé depuis le dénoncé et l'assignation à lui donnés en vertu des art.* 564 *et* 570?**

Autrement, ***le décès du tiers saisi suspend-il la demande en validité de la saisie, pendant les délais donnés à la veuve et aux héritiers pour faire inventaire et délibérer?***

Un tribunal a résolu cette question pour l'affirmative, mais nous ne croyons pas cette décision fondée. En effet, aucune disposition de la loi ne porte que la saisie-arrêt ne peut être déclarée valable qu'autant que la déclaration du tiers saisi aura été donnée. Au contraire, la déclaration du tiers saisi peut être postérieure au jugement de la validité, dans le cas où le titre du saisissant est authentique (art. 568).

D'un autre côté, le tiers saisi n'est point véritablement partie au procès; il n'y figure que comme témoin; et c'est pour cela qu'aussitôt qu'il s'élève des contestations sur la déclaration, il peut demander son renvoi, parce qu'il devient alors partie.

Il suit de là qu'il n'y a pas lieu à assigner ses héritiers en reprise d'instance. S'il décède avant d'avoir fourni sa déclaration, le tribunal peut juger la saisie valable, jusqu'à concurrence de ce qui sera par la suite déclaré être dû. Cependant il serait mieux de renouveler la dénonciation de l'assignation aux héritiers en qualité d'habiles, et ceux-ci auraient à faire la déclaration, attendu qu'il ne s'agit, en ce cas, que d'une mesure conservatoire à laquelle ils sont tenus de répondre, ainsi que nous l'avons déjà dit. (Voy. *suprà, Quest.* 757) (1).

[Nous approuvons ces décisions.]

Art. 343. L'affaire sera en état, lorsque la plaidoirie sera commencée; la plaidoirie sera réputée commencée, quand les conclusions auront été contradictoirement prises à l'audience.

Dans les affaires qui s'instruisent par écrit, la cause sera en état quand l'instruction sera complète, ou quand les délais pour les productions et réponses seront expirés.

Règlement du 30 mars 1808, art. 28 et suiv., 69. — C. pr., art. 75, 90, 98, 369. — [Carré, *Compét.,* 2e part., livre Ier, tit. Ier, art. 147, § 7. — Locré, t. 9, p. 297] (2).

CCLXXXV. Pour l'intelligence et l'applica-

---

(1) Au reste, s'ils prétendaient ne pouvoir donner de déclaration positive, soit parce qu'ils seraient dans leur délai, soit parce qu'ils ne connaîtraient pas l'état des affaires de leur auteur, alors l'assignation et la dénonciation, à eux signifiées, n'en *tiendraient* pas moins, d'après les raisons que nous avons exposées sur la 756e *Quest.,* et le tribunal déclarerait la saisie valable et à tenir entre leurs mains: d'où résulterait qu'ils ne pourraient se dessaisir au préjudice du saisissant, sauf, à l'expiration des délais, à faire leur déclaration, qui serait ou non contestée, suivant les circonstances.

(2) JURISPRUDENCE.

[1º Ce qui constitue la mise en état d'une affaire pendante devant la cour de cassation, c'est la production et le dépôt au greffe, de la part des différentes parties, des mémoires que la loi les autorise à produire; la plaidoirie est purement facultative et n'est pas nécessaire pour mettre l'affaire en état. (Cass., 19 vent. an IX; Sirey, t. 7, p. 1183.)

2º En matière d'ordre et à toutes les phases de l'instance, la présence de l'avoué est nécessaire pour la régularité de la procédure. — Ainsi, lorsque l'avoué d'un créancier produisant vient à cesser ses fonctions avant l'expiration des délais pour contredire, il est indispensable d'assigner la partie en constitution de nouvel avoué. — La procédure d'ordre n'est pas en état tant que les délais pour contredire les collocations du règlement provisoire ne sont pas expirés. (Paris, 25 mars 1835; Sirey, t. 35, p. 454.)

3º Les interpellations adressées à des témoins par

tion de l'article précédent, la loi indique ici en quelles circonstances une cause sera réputée en état d'être jugée. L'auteur de l'exposé des motifs de la loi génevoise, p. 167, s'exprimait ainsi sur la disposition que contient, à ce sujet, notre art. 343 : « Quelque pénétration que » nous soyons disposés à reconnaître dans nos » juges, nous l'avouerons, notre esprit se re» fuse à admettre une *plaidoirie commencée,* » une simple expiration de délais, comme suf» fisante pour garantir la bonté de leurs déci» sions. » Aussi l'art. 274 de cette loi ne répute-t-il la cause en état qu'autant que la plaidoirie est terminée, ou si l'instruction par écrit qui en tient lieu est complète. Il semblerait, d'après ces observations, que la loi française autoriserait de passer outre au jugement après le commencement des plaidoiries, ou l'expiration du délai, et avant qu'elles fussent terminées. Ce serait alors qu'il serait exact de dire qu'il n'y aurait pas de garantie suffisante de la bonté de la décision. Mais l'art. 343 n'établit point cette injuste conséquence; il n'exprime pas autre chose, si ce n'est qu'en conformité de l'art. 342, il n'y aura pas lieu à reprise d'instance lorsque l'instruction de la cause sera parvenue au degré qu'il indique. Les plaidoiries sont donc continuées, si cette cause est orale; et si l'instruction par écrit a été ordonnée, la forclusion est acquise contre ceux qui eussent pu reprendre l'instance (1). Ainsi, le reproche que l'on a fait ici à notre législation ne nous paraît pas fondé.

[Thomine, n° 392, attache aussi peu d'importance à ce reproche. Cependant on pourrait dire, avec Boitard, t. 2, p. 14 et suiv., que l'avocat, venant plaider à l'audience après la mort de sa partie ou de l'avoué qui avait reçu d'elle les instructions, pourra laisser de côté bien des faits importants qui auraient pu ne lui être déclarés qu'au dernier moment, à mesure que le besoin de la cause en aurait fait sentir la nécessité; que par conséquent il aurait mieux valu ne considérer la cause comme en état, qu'après que les plaidoiries auraient été terminées; qu'ainsi cette première disposition de l'art. 343 se fût harmoniée avec la seconde qui exige, pour la mise en état des causes instruites par écrit, que les productions soient faites ou le délai pour les faire expiré; qu'enfin, telle était l'interprétation que les anciens commentateurs donnaient de l'art. 1er du tit. XXVI de l'ord. de 1667, notamment Rodier, Pothier et Jousse. Mais, pour achever de justifier l'art. 342, il faut considérer l'intention du législateur qui a été de fixer un point de la procédure auquel il ne serait plus permis de solliciter des renvois, et qui, pour cela, suppose que tous les renseignements doivent avoir été donnés à l'avocat, afin qu'il pût en pleine connaissance de cause prendre les conclusions. (*Voy.* notre *Quest.* 613 *bis* sur les qualités posées.]

[1279 bis. ***Est-il des cas où une cause déjà en état cesse d'y être, et que faut-il faire lorsque cette circonstance se présente?***

Selon Demiau, p. 250, troisième alinéa, une cause cesse d'être en état, lorsqu'il intervient partage d'avis entre les juges sur la décision d'une contestation; car alors, l'affaire devant, aux termes de l'art. 118 du Code de proc., être plaidée de nouveau devant le juge tiers appelé par le tribunal pour vider le partage, et l'adjonction de ce juge pouvant donner lieu à une récusation qui peut être exercée avant la plaidoirie, l'ouverture seule de ce droit suffit pour que la cause cesse d'être en état jusqu'à ce que les parties soient déchues de la faculté de l'exercer; il faudra donc, si l'une d'elles est décédée, assigner ses héritiers en reprise d'instance, pour qu'ils soient en position d'exercer de leur chef une récusation qui appartiendrait à leur auteur, s'il vivait encore.

Le second cas dans lequel une cause cesse d'être en état est relatif aux affaires instruites par écrit; deux événements peuvent, dans ce cas, nécessiter une reprise d'instance : 1° le partage d'avis, auquel il faut appliquer ce que l'on vient de dire; 2° le décès du rapporteur. En effet, l'art. 100 du Code de proc. civile veut qu'il en soit commis un par ordonnance du président, sur requête, et que cette requête soit signifiée à partie ou à avoué, trois jours au moins avant le rapport. Or, cette formalité est impossible à remplir, si l'avoué ou la partie sont décédés; il faudra donc reprendre l'instance contre elle ou contre ses héritiers. Ces principes, fondés sur le véritable esprit de la loi, sont adoptés par Dalloz, t. 22, p. 442, n° 3.]

[1279 ter. ***Si, de plusieurs parties assignées, les unes ont assisté à la pose des qualités,***

---

l'avocat ou par l'avoué d'une partie, n'engagent point la cause au fond, et n'empêchent pas cette partie de faire ensuite défaut. (Paris, 25 sept. 1829; *Gaz. des Trib.* du 30 sept. 1829.) — En effet, l'instance à suite d'un interlocutoire est une nouvelle instance en quelque sorte, qui n'est mise en état que par la position définitive des qualités sur le fond, ainsi que l'a jugé la cour de Brux., le 20 juin 1828 (J. de B., 1828, 2e, p. 223), et que nous l'avons décidé, *Quest.* 615; à moins qu'il n'y ait eu défaut-joint prononcé, *Quest.* 632 *ter*.]

(1) C'est ce que prouve ce passage du rapport au corps législatif : « Le changement d'état, le décès de » l'une des parties, la cessation des fonctions de l'un » des avoués, peut suspendre l'instruction; mais ce ne » doit pas être lorsque les parties *ont épuisé* leurs » moyens de défense, ou lorsque les fonctions de l'a» voué sont devenues superflues. »

et les autres ont fait défaut, le décès de ces dernières donne-t-il lieu à reprise d'instance?

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 605 et 606, décide avec raison l'affirmative; en effet, l'on ne peut pas dire qu'à l'égard des parties qui n'ont point pris de conclusions, l'affaire soit en état d'être jugée; il y aurait donc injustice à passer outre, lorsqu'il survient, du côté de ces parties, un des événements qui, d'après l'art. 344, doivent nécessiter une reprise d'instance.

Mais faut-il décider, avec la cour de Bordeaux, le 30 mai 1826, que l'instance devrait se poursuivre à l'égard des parties qui auraient posé qualité, sans attendre la reprise vis-à-vis des autres? Le contraire nous paraît résulter du rapprochement des solutions par nous données aux *Quest.* 613 *bis* et 629. Si, d'un côté, les qualités ne doivent être censées posées et la cause réputée en état que lorsque les conclusions ont été prises à l'audience utilement désignée pour la plaidoirie de la cause; si, de l'autre, l'art. 153 est déclaré applicable aux jugements par défaut faute de plaider, comme à ceux qui sont rendus faute de comparaître; il s'ensuit que l'espèce de la question donnera lieu à un jugement de défaut-joint, et que, par conséquent, l'affaire ne pourra être évacuée au fond à l'égard de ceux qui ont posé qualités, qu'après que les défaillants auront été réassignés, soit dans les formes ordinaires, si la cause n'a pas changé d'errements, soit dans la forme d'une reprise d'instance, si elle a été mise hors de droit.

Après ces formalités seulement on pourra juger; mais alors le jugement sera contradictoire à l'égard de toutes les parties.]

[1279 quater. ***Quand l'instruction par écrit est-elle réputée complète?***

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 606, enseigne qu'elle ne le serait point, si, après une première production faite par toutes les parties dans les délais fixés, elles n'en avaient point fait de nouvelle. Quoique cette nouvelle production soit facultative, ajoute cet auteur, néanmoins tant que les parties peuvent user de cette faculté, il n'est pas certain que le rapporteur ait entre les mains tous les éléments nécessaires pour asseoir son rapport; et, comme il n'y a point de délai pour cette seconde production, il s'ensuit que, tant qu'elle n'a pas eu lieu, l'affaire n'est pas en état, par conséquent un décès donnerait lieu à reprise d'instance.

Nous ne pouvons croire que tel soit le sens de notre article : il s'ensuivrait cette singulière conséquence que, tandis qu'une cause dans laquelle nulle production n'aurait été faite serait réputée en état par l'expiration des délais, celle au contraire où les premières productions auraient eu lieu ne serait point en état, ce qui est évidemment contradictoire. Ainsi l'existence des premières productions suffit, à notre avis, pour que l'instruction soit réputée complète; et, quoique les parties aient la faculté d'en ajouter de nouvelles, il n'en est pas moins vrai que la loi suppose tout terminé par les premiers écrits de défense et de réponse, du moins en tant qu'elle considère ce qui doit fixer la mise en état.]

Art. 344. Dans les affaires qui ne seront pas en état, toutes procédures faites postérieurement à la notification de la mort de l'une des parties, seront nulles : il ne sera pas besoin de signifier les décès, démissions, interdictions ni destitutions des avoués; les poursuites faites et les jugements obtenus depuis seront nuls, s'il n'y a constitution de nouvel avoué.

Tarif 70. — [Tar. rais., n° 258.] — Ord. de 1667, tit. XXVI, art. 2. — C. proc., art. 75, 447, 1029, 1038. — [Devilleneuve, v° *Reprise d'instance*, n° 11. — Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. Ier, art. 147, § 7. — Locré, t. 9, p. 237.] (1) — (*Voy.* Formule 296.)

CCLXXXVI. Lorsque la cause n'est pas en

(1) JURISPRUDENCE.

[1° Sont valables les actes faits par un avoué (s'il est de bonne foi), au nom de sa partie décédée, et *spécialement*, une reprise d'instance ainsi faite suffit pour empêcher la péremption. (Nîmes, 5 janv. 1825; Sirey, t. 25, p. 135.)

2° La femme, mandataire de son mari, peut continuer les poursuites, et obtenir jugement définitif, après la mort de son mari, mais non faire appel. Dans le premier cas, l'art. 344 est applicable. Dans le second, c'est l'art. 2003 du Code civil. (Rennes, 1er juillet 1814.)

3° Lorsqu'en appel, une partie qui avait constitué avoué vient à décéder avant que la cause soit en état, un demandeur intervenant n'est pas obligé d'attendre qu'il y ait constitution d'avoué de la part des héritiers de cette partie. Il peut intervenir en citant ces héritiers en reprise d'instance. (Cass., 30 août 1825.)

4° Lorsque le porteur d'une lettre de change actionne simultanément le tireur et l'endosseur, le jugement contre le premier ne peut être suspendu parce que le décès de l'endosseur donne lieu à une reprise d'instance contre ses héritiers. (Cass., 27 juin 1810; Sirey, t. 10, p. 380; Dalloz, t. 12, p. 313, et t. 14, p. 288.)

5° On peut signifier à personne ou domicile le placard pour parvenir à la vente sur folle enchère, lorsque l'avoué du fol enchérisseur est décédé ou sorti de fonctions; on peut se dispenser d'assigner en constitution de nouvel avoué. (Rouen, 14 janv. 1826; Sirey, t. 26, p. 206; 19 nov. 1825.)

6° Les demandes incidentes, telles que celles en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué, ont lieu et doivent être suivies d'après les règles ordinaires, et suspendent l'adjudication des biens saisis. (Nîmes, 6 juill. 1819.)

7° Un arrêt par défaut obtenu sans préalable cita-

état, toute procédure est nulle dans les cas exprimés par cet article; mais il faut considérer de qui provient l'empêchement qui nécessiterait la suspension. Provient-il d'une partie, la procédure n'est suspendue que dans un cas, celui du décès, et qu'après que ce décès a été notifié par l'avoué de la partie décédée. Ne s'agit-il que du changement d'état de l'une ou de l'autre des parties, l'article suivant contient à cet égard une disposition particulière. Au reste, dans le cas de cessation des fonctions de l'avoué, la notification n'est pas exigée, parce que les procédures se formalisent dans le domicile même de cet officier, et là, les événements qui le concernent et qui font cesser ses fonctions ne peuvent être méconnus. (V. *Rapport au corps législ.*)

[Il résulte du procès-verbal du conseil d'État sur cet article, que sa disposition est applicable au cas de mort civile comme à celui de mort naturelle. (*V.* Locré, t. 9, p. 237, n° 174.)]

1280. *La nullité prononcée par la loi, à l'égard des poursuites faites à la suite d'un décès, est-elle absolue quant à ses effets, en ce sens que toutes les parties puissent s'en prévaloir?*

Elle n'est que relative, et ne produit ses effets que vis-à-vis des héritiers de la partie décédée ou vis-à-vis des parties qui auraient perdu leur avoué.

Cette proposition peut être appuyée d'un arrêt de la cour de Paris, du 23 avril 1807. (Sirey, t. 7, p. 45.) Elle est approuvée, d'ailleurs, par Demiau, p. 251, 252 et 253. Et, en effet, il serait difficile de croire que l'intention du législateur, en prononçant la nullité des poursuites faites depuis le décès d'une partie, n'ait pas eu *seulement* en vue l'intérêt de ceux qui pourraient éprouver préjudice par suite des actes qu'ils n'auraient pu surveiller, en un mot, l'intérêt des héritiers, des créanciers et ayants cause de celui au nom duquel on aurait agi dans un temps où il n'était plus.

[Cette opinion, que nous partageons, s'appuie encore d'un arrêt de la cour de Bruxelles du 29 mai 1833. (J. de B., 1833, 2e, p. 390.)]

[**1280** bis. *Est-il besoin qu'en dénonçant le décès de la partie, l'avoué donne copie de l'acte de décès?*

Le projet d'article exigeait la signification de l'acte de décès. Ces mots furent changés à la révision et remplacés par ceux qui forment aujourd'hui la disposition de l'art. 344. On considéra qu'il pouvait être urgent d'arrêter les poursuites, et qu'on s'exposerait souvent à un préjudice irréparable, si, pour cela, on attendait d'avoir pu lever l'acte de décès. La simple déclaration de l'avoué doit donc suffire, sauf l'action en dommages-intérêts contre celui-ci, si elle se trouve fausse, ainsi que l'enseigne Pigeau, *Commentaire*, t. 1, p. 607.

Jousse se demandait si non-seulement les poursuites faites, mais encore le jugement obtenu après le décès non dénoncé d'une partie, seraient valables. Il résolvait négativement la seconde partie de la question, parce que, disait-il, ce serait un jugement *contra non existentem.* Nous ne croyons pas que cette exception puisse être admise aujourd'hui; les termes de notre article sont trop généraux.]

[**1280** ter. *La révocation de l'avoué, ou sa déclaration qu'il n'a plus mandat pour occuper, donneraient-elles lieu à la demande en constitution nouvelle, de même que sa démission, sa destitution ou son interdiction?*

Non sans doute, puisque, d'après l'art. 75 du Code de procédure civile, une partie ne peut révoquer son avoué sans en constituer un autre à sa place; et, en cas d'omission de cette constitution nouvelle, les poursuites faites et les jugements obtenus contre l'avoué révoqué et non remplacé sont valables. A l'égard de la renonciation qui émanerait de l'avoué lui-même, on doit la traiter comme la révocation pure et simple : autrement il serait trop facile à la partie qui craindrait le résultat d'un procès, d'en suspendre les poursuites en faisant déclarer par son avoué qu'il n'occupera plus. C'est l'opinion que nous avons émise en notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 345, n° 10, et que partage Boitard, t. 2, p. 16. (*V.* au surplus notre *Quest.* 616.)]

1281. *Y a-t-il exception à la disposition de l'art.* 344, *par rapport au décès d'une des parties?*

L'art. 360 du Code civil déroge à cet article, en ce qu'il dispose que, si l'adoptant vient à mourir après que l'acte d'adoption a été porté devant les tribunaux, et avant que ceux-ci aient définitivement prononcé, l'instruction sera continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu.

[Observation parfaitement juste.]

1282. *Par quelle voie faut-il poursuivre la*

---

tion en reprise d'instance contre une partie dont l'avoué avait cessé ses fonctions est nul, et ne peut, par conséquent, couvrir une péremption. (Aix, 1er mars 1826.)

8° Le décès d'une partie, arrivé avant que l'affaire fût en état, ne forme pas obstacle au jugement du procès lorsqu'il n'a pas été notifié. (Lyon, 14 mars 1835.)

nullité du jugement rendu en contravention à l'art. 344? Faut-il se pourvoir par tierce opposition, par appel ou par requête civile?

La cour de Grenoble demandait que l'on ajoutât à l'art. 345 du projet, formant aujourd'hui l'art. 344 du Code, que la nullité du jugement dont il s'agit serait prononcée à l'audience sur acte d'avoué, sans qu'il fût besoin de l'attaquer ni par la voie de la requête civile, ni par la voie de la tierce opposition.

Les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 326, disent aussi que ni l'une ni l'autre de ces deux voies ne sont nécessaires; que seulement, quand la partie qui aurait obtenu le jugement nul voudra s'en prévaloir, on lui opposera la nullité.

Cette opinion de la cour de Grenoble et des auteurs du *Prat.* se rattache à celle de Rodier, qui rejetait l'appel, la requête civile et la tierce opposition, et n'admettait que la simple opposition appelée *demande en rapport de jugement*, et qui a fait l'objet de la *Quest.* 660.

C'est cette même voie que nous croyons, par les motifs qu'en donne Rodier, sur l'art. 2 du tit. XXVI, *Quest.* 4, devoir être employée dans le cas dont il s'agit.

A la vérité, Demiau, p. 254 et 255, maintient qu'on ne peut se pourvoir que par appel ou par requête civile, parce que la voie de la *tierce opposition* lui paraît, *par sa nature*, ne pouvoir être prise dans notre espèce. Cependant, si l'on remarque que Rodier ne parle point de la tierce opposition, mais bien de l'opposition simple dont nous venons de parler, on reconnaîtra peut-être que les objections ci-dessus ne peuvent être d'aucun poids contre l'avis que nous donnons.

Au surplus, nous n'entendons point insister sur cette question, qui n'est pas de nature à se présenter souvent.

[Favard, t. 4, p. 882, n° 1, se range à l'opinion des auteurs du *Prat.* Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 608, émet un autre avis : il pense que la demande en nullité devra être formée devant le tribunal même qui a rendu le jugement, lequel sera déclaré non avenu, comme cela arrive, suivant lui, dans le cas de désaveu, aux termes de l'art. 360. Comme on le voit, le moyen dont Carré et Pigeau conseillent l'emploi pour obtenir l'annulation du jugement est à peu près le même, et ne diffère que de nom. Nous ne croyons pas cependant qu'on puisse y recourir; l'opposition sur requête dont parle Carré, si elle existe encore, ce qui est fort contestable, est tellement inusitée, que l'on ne voit pas de raison plausible pour l'employer de préférence aux autres modes de recours tracés par la loi. Quant à la demande en nullité devant le tribunal même, nous démontrons, au titre du désaveu, art. 357, *Quest.* 1313 *bis*, que Pigeau, qui la regarde comme la seule marche à suivre dans le cas actuel, en indique une autre dans un cas absolument semblable. Nous nous en référons à l'opinion exprimée à cette question.]

Art. 345. Ni le changement d'état des parties, ni la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient, n'empêcheront la continuation des procédures.

Néanmoins, le défendeur qui n'aurait pas constitué avoué avant le changement d'état ou le décès du demandeur, sera assigné de nouveau à un délai de huitaine, pour voir adjuger les conclusions, et sans qu'il soit besoin de conciliation préalable.

[Tar. rais., n° 259.] — C. pr., art. 72 et suiv., 75, 1038. — [Devilleneuve, v° *Reprise d'instance*, n°s 3, 4 et 11. — Locré, t. 9, p. 160, 237, n° 27, p. 487] (1). — (*Voy.* Formule 297.)

CCLXXXVII. S'il ne s'agit que du changement d'état de l'une ou de l'autre des parties (*voy.* ci-dessus, *Quest.* 1276), la procédure, conformément à l'article qui précède, n'en suit pas moins sa marche, sauf néanmoins l'exception contenue dans la deuxième disposition. Si donc il arrive tout à la fois, et que ce soit le demandeur qui se trouve frappé de la mort ou du changement d'état, et que cet événement ait lieu avant que le défendeur ait constitué avoué, l'héritier ou l'administrateur qui vient reprendre l'instance à la place du demandeur décédé, ou devenu incapable par changement d'état, doit faire signifier au défendeur une assignation nouvelle à *huit jours francs, plus un jour par trois myriamètres de distance*, pour voir adjuger les conclusions prises dans le premier exploit; assignation qui doit naturellement contenir une déclaration de reprise d'instance.

---

(1) **Jurisprudence.**

[1° Si le changement d'état d'une partie ne peut empêcher la continuation des procédures, on peut du moins surseoir, en donnant à un mineur devenu majeur un temps suffisant pour recevoir son compte de tutelle. (Rennes, 4 fév. 1819.)

2° Lorsqu'un tribunal est substitué à un autre, il est saisi de droit de toutes les affaires pendantes devant l'ancien tribunal, et il n'est pas nécessaire que les parties fassent des actes de reprise d'instance. (Cass., 23 niv. an VIII; Sirey, t. 1, p. 221; Orléans, 3 juill. 1817.)

3° Lorsqu'une instance interrompue pour être soumise à des arbitres est reprise après la sentence arbitrale, cette reprise ne constitue pas une demande nouvelle sujette au préliminaire de conciliation. (Cass., 3 mars 1830; Sirey, t. 30, p. 228.)]

[L'ordonnance de 1667 ne mettait pas non plus le changement des parties, ni la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient au nombre des causes qui devaient suspendre l'instance. Mais la jurisprudence avait néanmoins introduit l'usage de leur attribuer cet effet, ainsi que l'atteste Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 609 et 610, en s'appuyant de l'autorité de Rodier.]

1283. *Si l'incapacité résultant d'un changement d'état, ou de la cessation des fonctions sous lesquelles une partie procédait, était survenue et connue avant que la cause fût en état, les poursuites seraient-elles valables, en conformité de l'art.* 345?

Demiau, p. 256 et suiv., résout cette question pour la négative; mais nous ferons observer que l'art. 345 dispose précisément pour le cas où l'affaire n'est pas en état, et nous croyons que cet article n'admet aucune distinction. Cette opinion, qui est celle de Pigeau, t. 1, p. 285, n° 410, serait appuyée, s'il en était besoin, sur ce que la cour d'Aix, dans ses observations sur le projet, demandait formellement que l'art. 351 fût rédigé suivant l'interprétation que lui donne Demiau. Néanmoins l'art. 351 a été maintenu, et forme l'art. 345 du Code. Or, si l'intention du législateur avait été de consacrer l'observation de la cour d'Aix, ce dernier article eût été autrement rédigé, puisqu'il eût fallu qu'il exprimât tout autre chose que ce qu'il énonce : ici donc les observations des cours, loin de servir, comme il peut arriver souvent, à interpréter ou à expliquer la loi dans le sens où ces cours proposaient de la rédiger, prouvent, au contraire, qu'on doit l'étendre autrement.

Nous concluons de là que le simple changement d'état ou la cessation de fonctions d'une partie, comme si une fille se marie, ou que, la tutelle finissant, le tuteur cesse son administration, n'interrompt point la procédure, sauf à celui qui est poursuivi à demander au poursuivant, s'il le juge convenable, de la régulariser : le mari peut intervenir, s'il lui plait, le majeur peut prendre la suite du procès; mais on n'est pas obligé de les sommer de le faire. (*V.* Thomine, in-8°, et le Comm., inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 415) (1).

[S'il suffisait de notifier le changement d'état, ou la cessation des fonctions de la partie, pour que ces événements donnassent lieu à reprise d'instance, il n'y aurait point de différence entre les cas prévus par notre article et ceux pour lesquels dispose l'article précédent. Cependant il est manifeste que la loi a voulu tracer entre les uns et les autres une ligne de démarcation. Cette seule réflexion suffit, ce nous semble, pour faire résoudre affirmativement la question proposée, comme le font Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 611, et Thomine, n° 395.

Quant aux décisions de la jurisprudence, la plupart sont intervenues dans des espèces où la notification n'avait pas eu lieu; d'où il suit qu'elles ne peuvent servir à nous fixer sur le point dont il s'agit. C'est ainsi que la cour d'Aix a jugé, le 2 juin 1808 (Dalloz, t. 23, p. 444), que lorsque dans le cours de l'instance, l'héritier bénéficiaire se porte héritier pur et simple, il n'est pas nécessaire de l'assigner en reprise; celle de Bordeaux, le 31 juill. 1833, qu'il n'y a pas lieu à reprendre l'instance contre une femme qui de mineure devient majeure, ou passe sous puissance de mari; la cour de cassation, le 3 juin 1818 (Sirey, t. 19, p. 178), que, lorsqu'une instance a été introduite par ou avec un adjoint du maire, en sa qualité, et que ce fonctionnaire vient à être remplacé, il n'y a point pour cela interruption d'instance et obligation de la reprendre avec le nouveau maire ou adjoint; et, le 27 août 1812 (*Jurisp. sur le C. civ.*, t. 20, p. 254), que l'instance commencée contre des syndics provisoires de créanciers se continue valablement contre les syndics définitifs. Il est même à remarquer que la cour de cassation, dans un arrêt du 12 août 1823 (Sirey, t. 24, p. 221), en décidant que l'instance introduite contre le tuteur est valablement poursuivie contre lui, nonobstant la majorité survenue du mineur, s'est appuyée entre autres motifs sur ce que ce changement d'état n'avait point été notifié, ce qui ferait croire qu'elle aurait autrement jugé s'il y avait eu notification. Il en est de même de l'arrêt du 10 déc. 1812, rapporté par Carré

---

(1) Un arrêt de la cour cassation du 10 déc. 1812 (Sirey, t. 14, p. 196), justifie cette solution, en ce qu'il décide que le mariage d'une femme, contracté pendant le cours d'une instance, n'empêche pas la continuation de la procédure avec elle; que les parties adverses ne sont pas obligées d'appeler le mari en cause, si le mariage ne leur a pas été notifié, et qu'ainsi le jugement qui intervient contre une femme après son mariage ne peut être attaqué par tierce opposition de la part du mari, sous prétexte qu'il n'aurait pas été appelé dans l'instance.

Mais celui qui interjette appel d'un jugement rendu entre lui et une femme qui s'est mariée pendant le procès, doit, à peine de nullité, assigner sur l'appel le mari pour autoriser sa femme; en ce cas, il n'est pas nécessaire que le changement d'état lui ait été expressément notifié. (Cass., 7 août 1815; Sirey, t. 15, p. 346.) La raison de cette décision est qu'il s'agit ici d'une nouvelle instance.

[Et que c'est à ceux qui introduisent une instance contre une femme ou un mineur, à s'assurer de leur capacité, comme l'enseigne Merlin, *Rép.*, t. 16, p. 93, v° *Autoris. maritale*. Au reste, la cour de Pau a rendu un arrêt analogue, le 5 juin 1824. C'est aussi l'opinion de Thomine, n° 395.]

à la note ; et cette circonstance aurait dû l'empêcher de citer cet arrêt à l'appui de son opinion. Mais nous pensons que si, au lieu d'envisager cette question transitoirement, ainsi qu'elle l'a fait dans ces deux arrêts, la cour suprême avait eu à la juger *in terminis*, les considérations développées plus haut n'auraient pas manqué de la frapper, et qu'alors elle aurait consacré l'avis que nous venons d'émettre. C'est ce qu'a fait d'une manière explicite la cour de Nîmes, le 6 nov. 1826 (Sirey, t. 27, p. 195), dans un arrêt très-bien motivé, qui, de tous ceux que nous connaissons, est le seul qui ait attaqué de front la difficulté.]

[1283 bis. *Devrait-on regarder comme un simple changement d'état la condamnation d'une partie à une peine afflictive, ou son interdiction ?*

Thomine, n° 394, voit, dans ces circonstances, une perte plutôt qu'un changement d'état. Il les assimile, quant à leur influence sur l'instance, à une mort naturelle ou civile, et leur donne par conséquent l'effet de nécessiter une reprise, lorsque leur existence a été judiciairement notifiée à la partie adverse. Le motif qui a fait distinguer le simple changement d'état de la mort naturelle n'existe point, dit-il, dans le cas de condamnation ou d'interdiction ; le curateur ou le tuteur nommé peuvent, sans contredit, ignorer l'existence de la cause : on ne saurait prétendre qu'ils doivent en être instruits par ceux qu'ils sont chargés de représenter, le curateur pouvant être fort éloigné du lieu où le condamné subit sa peine, le tuteur n'ayant à espérer aucun renseignement d'un homme qui est en état de démence ou d'imbécillité. Comment d'ailleurs regarder comme partie un condamné à qui les lois défendent de paraître en justice? Thomine cite à l'appui de son opinion un arrêt de la cour de Caen, rendu sur sa plaidoirie, qui décide que tous jugements par lesquels la femme d'un condamné aux travaux forcés avait fait régler ses droits contre lui et ses acquéreurs, depuis la condamnation exécutée, étaient nuls, encore que le procès eût été commencé avant la condamnation. Quelque spécieuses que paraissent les raisons de Thomine, nous croyons que la généralité des termes de la loi ne saurait se prêter à la distinction qu'il fait.]

[1283 ter. *La vente d'un immeuble pendant l'instance à laquelle donnent lieu les contestations* réelles *dont il est l'objet opère-t-elle, dans la personne du vendeur, propriétaire de cet immeuble, un changement tel que la procédure ne puisse plus continuer contre lui, et qu'il faille assigner l'acquéreur en reprise d'instance?*

Nous ne le pensons pas, d'après l'art. 344, C. proc. ; en effet, le seul événement qui, dans les affaires qui ne sont pas en état, nécessite la discontinuation de la procédure, est le décès de l'une des parties, et encore faut-il que ce décès soit notifié ; ce cas n'est pas le nôtre : tout ce qui résulte de la vente que nous supposons, c'est un changement de qualité dans le vendeur, mais cela ne suffit point pour le faire disparaître de l'instance, car le changement de qualité n'est point mis par la loi au nombre des causes qui interrompent les poursuites ; d'un autre côté, bien que l'action réelle aboutisse toujours à l'immeuble, celui qui l'exerce doit cependant savoir contre qui l'exercer, or la personne qui lui est naturellement indiquée pour y répondre est le possesseur actuel de l'immeuble, et il ne peut dépendre de celui-ci, en vendant l'immeuble à une autre personne, de se soustraire au droit réclamé. Les procédures seront donc légalement continuées avec le vendeur, et la condamnation prononcée n'en sera pas moins exécutée sur l'immeuble, quel qu'en soit le propriétaire. C'est au nouveau possesseur de l'immeuble à intervenir, et même à prendre le fait et cause de son vendeur, s'il le juge à propos. Telle est l'opinion de Lepage, p. 127, 2e *Quest.*, et de Delaporte, t. 2, p. 324, 3e alinéa. Toutefois ces deux auteurs diffèrent en ce point que le premier pense que le vendeur pourra requérir sa mise hors de cause dans le cas d'intervention de l'acquéreur, tandis que le second lui refuse ce droit, à cause des dépens faits avec lui, auxquels il peut être condamné en définitive ; mais, ajoute-t-il, il peut demander, en restant présent, qu'il ne lui soit plus rien signifié, en offrant de payer les dépens faits avant l'intervention de l'acquéreur, pour le cas où son acquéreur ou cessionnaire viendrait à succomber. Nous adhérons à cet avis. (*V.* au surplus, notre *Quest.* 776.]

1284. *Comment doit s'entendre la deuxième disposition de l'art.* 345 ?

Lorsque le défendeur n'a pas encore constitué d'avoué avant le changement d'état ou le décès du demandeur, il n'y a pas lieu, contre le défendeur, à la demande en reprise d'une instance où il n'est pas encore partie ; mais l'*ayant cause du demandeur* doit assigner le défendeur à un nouveau délai de huitaine, pour voir adjuger les conclusions prises par l'exploit originaire.

Telle est l'explication que Pigeau donne de la deuxième disposition de l'art. 345 ; mais Lepage, *Quest.*, p. 229, ajoute que cette disposition exprime que, dans les deux cas qu'elle a prévus, il n'y a pas lieu, de la part du défendeur, à former la demande en reprise d'une instance où il n'aurait pas encore paru, même quand il lui prendrait envie de se présenter. Toute procédure cesse, dit cet

auteur, jusqu'à ce qu'il convienne à l'héritier du demandeur, ou au demandeur même, dont l'état est changé, de donner une nouvelle assignation.

Nous croyons aussi que, dans ces circonstances, on considère l'instance comme n'étant point encore entièrement engagée, autrement contradictoire, en sorte que le défendeur se trouve au même état qu'au jour de l'assignation; d'où il suit que la procédure est arrêtée relativement à lui, et qu'il ne devient partie au procès que par l'assignation donnée en conformité de l'art. 345.

[Favard, t. 4, p. 882, n° 2, émet le même avis que Carré. Il nous semble plus naturel de penser, avec Boitard, t. 2, p. 18, que la nécessité d'une nouvelle assignation, dans le cas du § 2 de l'art. 345, n'a été introduite que dans l'intérêt du défendeur; que c'est là un privilége auquel il pourrait renoncer, et que s'il se présentait volontairement sur la première assignation, c'est-à-dire s'il constituait avoué, les héritiers, en reprenant l'instance, la poursuivraient valablement contre lui, comme aussi il pourrait lui-même les assigner en reprise, en cas de négligence de leur part, sauf à eux à opposer, s'il y avait lieu, l'exception dilatoire.

Pour décider autrement, il faudrait poser en principe que la première assignation est comme non avenue, qu'elle n'a pas eu pour effet d'introduire une instance, qu'elle ne doit pas être regardée comme une interpellation judiciaire, et il s'ensuivrait qu'elle ne pourrait ni faire courir les intérêts ni interrompre la prescription, ce qui nous paraîtrait souverainement injuste. Car une assignation, régulière dans son principe, doit produire tous ces effets. Au reste, la preuve que la loi ne considère pas la seconde assignation comme un nouveau commencement, mais plutôt comme une continuation d'instance, c'est qu'elle déclare qu'il n'y a pas lieu à nouvel essai de conciliation, ce qui suppose incontestablement que le second ajournement n'est pas *introductif d'instance*. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 612, notes 6 et 7, laisse entrevoir la même opinion.]

1285. *La solution donnée sur la question précédente s'applique-t-elle au cas de cessation des fonctions sous lesquelles le demandeur procédait?*

On voit que cette question dérive de ce que la deuxième disposition de l'art. 345 n'exprime que les deux cas de changement d'état et de décès du demandeur, et se tait sur celui de la cessation des fonctions sous lesquelles il procédait.

Lepage, *Quest.*, p. 29, et Hautefeuille, p. 188, estiment qu'il y a même raison de décider en ce dernier cas. On en sera convaincu, dit le premier, si l'on considère que le § 1er de l'art. 345 n'autorise la continuation des procédures, à l'occasion du changement d'état ou de la cessation des fonctions de l'une des parties, qu'en faveur de l'autre partie, qui ne doit pas souffrir d'un événement de cette espèce. Mais, si cette autre partie ne s'est pas présentée, elle n'a pas droit de se plaindre de l'interruption des procédures qui ne sont pas son ouvrage; il serait même injuste de lui permettre de choisir, pour entrer en cause, précisément le moment du changement arrivé du côté de son adversaire : voilà, ajoute Lepage, le motif qui a déterminé le paragraphe 2 du même article; or, il convient non-seulement au cas où arrive soit le décès, soit le changement d'état du demandeur, mais encore au cas où ses fonctions viennent à cesser.

[Comme il nous semble, au contraire, que la seconde, aussi bien que la première disposition de l'art. 345, est introduite en faveur du défendeur (*voy.* sur la question précédente), nous ne pouvons adopter ici le motif de Lepage. Néanmoins, la solution nous paraît exacte, parce que l'assimilation qu'il invoque n'a pas moins lieu dans notre opinion que dans la sienne.]

Art. 346. **L'assignation en reprise ou en constitution sera donnée aux délais fixés au titre des *ajournements*, avec indication des noms des avoués qui occupaient, et du rapporteur, s'il y en a.**

[Tar. rais., nos 260 et 264.] — Jousse, sur le tit. VI, art. 1er de l'ord. de 1667. — C. pr., art. 72. — [Devilleneuve, v° *Reprise d'instance*, nos 6, 7, 9, 10. — Locré, t. 9, p. 237 et 297.] — (*Voy.* Formules 297, 298 et 301.)

CCLXXXVIII. La reprise d'instance et la constitution du nouvel avoué ne peuvent être que volontaires, dans tous les cas où la procédure n'est pas suspendue, comme lorsque l'affaire se trouve en état, lorsqu'une partie se trouve dépouillée des fonctions dans lesquelles elle procédait, lorsqu'elle éprouve un changement, et, enfin, lorsqu'il y a révocation d'un avoué.

[Quoiqu'on ne soit pas obligé d'assigner en reprise la personne qui d'incapable devient capable, ou le nouvel administrateur chargé des droits et actions de celle qui demeure ou tombe en incapacité, et que les poursuites continuées contre l'individu avec lequel le procès était engagé soient valables, cependant il est de l'intérêt des parties du côté desquelles les changements ont lieu de reprendre elles-mêmes volontairement l'instance pour que leurs droits ne soient pas compromis faute de défense. L'administrateur serait d'ailleurs comptable, envers son administré, des suites de sa négligence à cet égard. C'est l'observation de Pigeau, *Proc. civ.*, art. 1er du § 1er de la sect. *reprise d'instance*.

Les reprises volontaires ont lieu dans la forme réglée par l'art. 347.]

Elles peuvent être volontaires ou forcées dans les autres cas, c'est-à-dire lorsqu'une partie décède, et que le décès a été notifié, ou lorsqu'un avoué cesse de remplir ses fonctions par cause de mort, de démission, d'interdiction ou de destitution, le tout pendant le cours d'une instance qui n'est pas en état. (*V.* les préliminaires de ce titre.)

Dans ces cas, les poursuites faites et les jugements obtenus depuis la suspension de la procédure jusqu'à la reprise d'instance, ou la constitution de nouvel avoué, sont nulles.

Il faut donc, lorsque la partie qui doit reprendre l'instance ou constituer un autre avoué ne se dispose pas à le faire volontairement, recourir à la justice pour l'y contraindre; ce qu'on fait par le moyen de l'assignation en remise ou en constitution.

Cette assignation, qui n'a pour objet qu'une demande incidente, ne doit point être précédée de l'essai de conciliation; elle est d'ailleurs signifiée dans les formes prescrites et dans les délais fixés au titre des ajournements, et doit en outre indiquer les noms des avoués qui occupaient lors de la suspension de la procédure, et celui du rapporteur, s'il en a été nommé un.

1286. ***L'assignation dont il s'agit doit-elle contenir copie des pièces de la procédure?***

Berriat, v° *Reprise d'instance,* note 38, dit qu'il faut donner une nouvelle copie des pièces, suivant un arrêt du parlement de Grenoble du 17 juillet 1671; mais cet auteur remarque en même temps que Jousse, sur l'art. 2 du tit. XXVI de l'ordonnance, prétend qu'il suffit de la copie du dernier errement ou acte de la procédure; tandis que Rodier, sur le même article, maintient que cela n'est pas même nécessaire, à moins que l'assigné ne le réclame.

L'usage, disent les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.,* t. 2, p. 416, est de suivre l'opinion de Jousse. Mais puisque l'art. 346 ne prescrit point de donner cette copie, nous pensons, avec Hautefeuille, p. 189, qu'il suffit de relater le dernier acte qui aurait été signifié dans la cause. Au reste, si l'on n'avait pas fait cette mention, on ne pourrait arguer l'assignation de nullité, parce que l'art. 346 ne la prescrit point : c'est à la partie assignée en reprise ou en constitution, et que l'assignation instruit des noms des avoués qui occupaient, et du rapporteur, s'il y en a, à prendre, par le vu des pièces, tous les renseignements qu'elle juge convenables sur l'état de la procédure.

[Pigeau, *Comm.,* t. 1, p. 613, Favard, t. 4, p. 882, n° 3, Dalloz, t. 18, p. 201, n° 11, et Thomine, n° 396, pensent, comme Carré, que la formalité de la copie des pièces n'est pas nécessaire, et nous adoptons entièrement leur opinion. En effet, non-seulement l'art. 346 n'oblige point à donner copie du dernier errement de la procédure, mais il est évident que l'intention du législateur a été de dispenser de cette obligation, puisque le projet de l'art. 346 portait que l'assignation devait contenir sommairement l'état de la procédure, et que cette disposition a été supprimée, lors de la rédaction définitive, sur l'observation de la section du tribunat qu'il était à craindre qu'on n'en abusât pour faire des écritures. C'est donc à la partie assignée en reprise à prendre par le vu des pièces tous les renseignements qu'elle juge convenables sur l'état de la procédure, chose facile, puisque l'assignation lui indique les noms des avoués.

Pigeau et Thomine, *loc. cit.,* partagent aussi l'avis de Carré, en ce que l'omission dans l'assignation des mentions que prescrit l'article 346 n'en entraînerait point la nullité.

Pigeau pense d'ailleurs que, bien que la loi demande l'indication des noms des avoués qui occupaient, il suffit d'indiquer l'avoué de la partie dont on réassigne le représentant, et que, si c'est la partie elle-même qu'on assigne en constitution de nouvel avoué, il est tout à fait inutile de mentionner le nom de l'ancien qu'elle connaît bien.

Enfin, il est de jurisprudence que les instances liées avant la publication du Code de procédure doivent être instruites conformément aux anciennes dispositions législatives, alors même que, l'instance ayant été interrompue sous leur empire, elle serait reprise depuis le 1er janvier 1807. C'est donc dans les anciennes formes que cette reprise doit avoir lieu. (Brux., 10 juin 1807; Sirey, t. 7, p. 319; cass., 11 juill. 1826; Sirey, t. 27, p. 56.)]

[**1286 bis.** ***Une assignation en reprise d'instance est-elle valablement donnée au domicile indiqué dans les derniers actes de la procédure, et avec les délais que comporte ce domicile, si la partie n'a pas été légalement instruite du changement de domicile qui s'est opéré dans l'intervalle? Les formalités ordinaires de l'ajournement sont-elles indispensables?***

La cour de Paris a décidé l'affirmative de la première partie de la question, le 17 août 1807. (Dalloz, t. 23, p. 446.)

Cette solution est fondée sur le principe qu'une partie ne peut être déclarée responsable de l'inobservation d'une formalité que la négligence ou le silence de son adversaire ne l'a point mise à même de remplir. Ce principe a surtout été consacré en matière d'assignation.

Un grand nombre d'arrêts ont jugé que les significations dans le cours d'une instance pouvaient être faites à l'ancien domicile, tant

que le changement intervenu n'avait pas été légalement notifié. Il a même été décidé qu'une assignation pouvait être donnée à un domicile pris par une partie dans plusieurs actes judiciaires, encore bien qu'elle eût résidé ailleurs. Si cette marche est valable, alors qu'il s'agit de l'acte même qui entame le procès, qui ouvre l'instance, à plus forte raison doit-elle l'être à l'égard de celui qui ne fait que la reprendre, puisque enfin la procédure qui a déjà eu lieu avertit suffisamment la partie de se tenir sur ses gardes et la rend directement moins excusable d'avoir négligé les précautions qui auraient pu la mettre à l'abri d'une surprise. (*V.* néanmoins, sur cette difficulté considérée en général, nos *Quest.* 355 et 371.)

Au reste, toutes les formalités de l'art. 61 ne sont pas rigoureusement prescrites à peine de nullité pour l'assignation en reprise d'instance. Par exemple, il n'est pas nécessaire qu'elle soit libellée, la demande ayant été déjà expliquée dans l'ajournement introductif. C'est la décision portée par la cour de Bordeaux, le 25 août 1835.)]

[1286 ter. *A quel tribunal doit être donnée l'assignation en reprise?*

Évidemment à celui où l'instance originaire était pendante, et, par conséquent, si la cause a été attribuée à l'une des chambres du tribunal, l'assignation entreprise donnée devant l'autre chambre et le jugement par défaut qui pourrait la suivre sont nuls; ainsi l'ont jugé le tribunal de la Seine, 16 juill. 1835, et la cour de Lyon, 22 juill. 1833; mais l'application de cette règle a présenté quelque difficulté dans l'espèce suivante :

Pour statuer sur un différend qui aurait dû être porté au tribunal de Rocroy, deux parties nommèrent des arbitres domiciliés dans le ressort du tribunal de Charleville, lesquels ordonnèrent une expertise et renvoyèrent au tribunal de Charleville la nomination des experts en cas de désaccord. Décès de l'une des parties. Longtemps après, ses héritiers sont assignés en reprise et en nomination d'experts devant le tribunal de Rocroy. Ils demandent leur renvoi devant celui de Charleville, en vertu de la sentence arbitrale. Leur exception fut repoussée en première instance, et en appel, par la cour de Metz. Cependant on pouvait dire, pour la soutenir, que l'exécution des sentences arbitrales appartient au tribunal dans le ressort duquel elles ont été rendues; que, par conséquent, les instances pendantes devant arbitres sont censées être pendantes devant le tribunal du domicile des arbitres.

La cour considéra que cette règle des articles 1020 et 1021, C. proc., n'était point contenue dans la loi du 24 août 1790, sous l'empire de laquelle le compromis avait été passé, que les arbitres ne pouvaient attribuer juridiction à un tribunal qui ne l'avait pas reçue de la loi, qu'enfin la reprise d'instance est une action nouvelle qui doit être portée devant les juges naturels.

Nous préférons le motif qu'il n'y avait pas ici, à proprement parler, reprise d'instance, puisqu'il n'y avait jamais eu instance liée devant le tribunal.]

[1286 quater. *En cas de mort de l'une des parties, l'instance doit-elle être reprise simultanément contre tous les héritiers?*

Le 29 mai 1828, la cour de Besançon a décidé l'affirmative, sur le motif pris de ce que, si on n'assignait que quelques-uns d'entre eux, ce ne serait pas remettre en instance la personne morale qui représente le défunt, ce serait continuer le procès entre des parties qui ne seraient plus les mêmes, puisque tous les successeurs du défunt peuvent seuls, par leur réunion, le représenter complétement.

Peu importe, a-t-on dit, que les effets de l'action en reprise soient divisibles dans ce sens que l'un des héritiers puisse s'y soustraire par une exception personnelle dont l'autre ne pourra point profiter. (*V.* arr. de Bordeaux du 13 mars 1833; Sirey, t. 34, p. 282.) L'action en elle-même ne l'est pas plus vis-à-vis des héritiers qu'elle ne l'était vis-à-vis de leur auteur.

Cette décision ne nous paraît pas conforme aux principes applicables en matière de succession. Qu'importe à l'un des héritiers qu'on n'assigne pas ses cohéritiers, pourvu qu'il ne soit jamais tenu dans l'instance que pour sa portion virile? Dira-t-il que ses cohéritiers auraient pu faire valoir d'autres exceptions que lui? Mais, ou ces exceptions leur étaient personnelles, ou elles étaient communes à tous; si elles étaient personnelles, celui qui se plaint n'en aurait point profité; si elles étaient communes, rien ne l'empêchait de les faire valoir lui-même.]

[1286 quinquies. *Comment s'éteint l'action en reprise d'instance?*

Le 24 vend. an XII (Sirey, t. 4, p. 64), la cour de cassation a décidé qu'elle se prescrit par le même laps de temps que l'action principale; en sorte que, s'il s'agit d'une action en rescision engagée par une instance qui depuis a été mise hors de droit, dix ans écoulés à partir de cette dernière époque, sans assignation en reprise, suffisent pour éteindre l'action en reprise.

Sous la *Quest.* 1413 *infrà*, au titre de la *Péremption*, nous établissons qu'une instance n'est jamais soumise à aucune autre espèce de prescription que celle connue en procédure sous le nom de *péremption;* que lorsqu'une action est une fois l'objet d'une instance, les règles de prescription décennale, trentenaire

ou autre, que cette action aurait naturellement subies, ne lui sont plus applicables; que cette action devra durer indéfiniment si l'instance dont elle est l'objet ne tombe pas en péremption.

Cette doctrine peut sembler en opposition avec l'arrêt du 24 vend. que nous venons de citer. Cependant il est facile de voir que notre espèce se trouve placée dans une position exceptionnelle.

L'instance à reprendre n'est sans doute pas définitivement anéantie par sa mise hors de droit; mais elle n'a qu'une existence conditionnelle, une existence subordonnée à l'acte de reprise. Ce n'est qu'à partir de la signification de cet acte, que l'instance reprendra sa vie, son influence. Tant que cet acte n'a pas eu lieu, le droit de la partie à qui il incombe de le faire, ne s'appuie pas sur l'instance même, mais sur l'action primitive qui en avait été l'occasion. Il se trouve donc replacé sous le coup de la prescription qui aurait menacé l'action toute nue.

Mais il n'en faut pas conclure que le mode d'extinction par la péremption soit étranger à cette matière : ce serait rendre sans application le second § de l'art. 397 du Code de proc. civ. Il faut que cette ressource soit aussi ménagée au défendeur contre l'existence trop prolongée, bien qu'elle ne soit que conditionnelle, de l'instance interrompue : il faut lui laisser cette arme contre l'éventualité d'une reprise qui lui serait préjudiciable après un long silence.

Ainsi, soit que les poursuites aient cessé par le décès d'une des parties, ou par le décès, la destitution ou la démission de son avoué, la péremption de l'instance pourra être demandée après le laps de trois ans et demi. Mais, comme la péremption n'a pas lieu de plein droit, tant que son bénéfice ne sera pas invoqué, l'autre partie pourra, soit former sa demande en reprise d'instance, soit la reprendre elle-même, si c'est à elle à le faire; sauf à être déclarée non recevable, si elle n'agit que postérieurement au laps de temps suffisant pour prescrire l'action qui donne lieu au procès.]

Art. 347. L'instance sera reprise par acte d'avoué à avoué.

Tarif 71. — [Tar. rais., n° 261] (1). — (*Voy.* Formule 302.)

CCLXXXIX. Si la partie assignée en reprise d'instance, ou en constitution de nouvel avoué, veut déférer à la demande, la reprise ou la constitution est faite par un simple acte d'avoué à avoué.

Dès lors toute procédure est terminée sur l'incident, et l'instance est poursuivie comme à l'ordinaire, sans qu'il puisse y avoir, pour achever l'instruction commencée, d'autres délais que ceux qui restaient à courir.

1287. *L'art. 347 est-il applicable à la reprise d'instance faite spontanément par les ayants cause du défunt?*

Les questions que nous venons de résoudre sur l'art. 346 se rapportent au cas où la reprise d'instance est forcée par l'assignation donnée en conformité de cet article; mais il peut arriver que les ayants cause de la partie décédée n'attendent pas cette assignation pour en remplir l'objet.

En ce dernier cas, ils reprennent l'instance par acte d'avoué à avoué, conformément à l'art. 347, dont la disposition se réfère évidemment, tant à la reprise forcée qu'à la reprise volontaire.

Il faut remarquer en outre que ce même article s'applique nécessairement à la constitution de nouvel avoué, puisque cette constitution se fait toujours par acte de l'avoué institué à l'avoué de la partie adverse.

[Cette solution ne peut souffrir de difficulté.]

1288. *Si, après une assignation en reprise d'instance, les deux parties procédaient volontairement, sans qu'il eût été préalablement signifié d'acte de reprise, l'instance est-elle tenue pour reprise par ce consentement tacite?*

Ce cas peut arriver fréquemment, parce que la reprise d'instance n'a lieu qu'en cas de décès d'une des parties. Or, cette partie avait un

---

(1) **Jurisprudence.**

[1° La partie assignée en reprise d'instance doit constituer avoué dans la même forme que la partie assignée sur une demande originaire. (Brux., 21 sept. 1831. — *V.* J. de B., 1831, p. 105.)

2° Les enfants ou les héritiers de la femme qui n'a point figuré dans une procédure, dirigée personnellement contre le mari, en revendication des fruits d'immeubles possédés par le mari avant le mariage, ont qualité et droit de reprendre l'instance, à cause de l'intérêt de la communauté dans une portion de ces fruits. (Bruxelles, 19 août 1814; *Pasicrisie,* à cette date.)

3° Les créanciers d'un débiteur admis au bénéfice de cession de biens, qui ont nommé un syndic avec pouvoir de recevoir toutes les significations qui leur seraient adressées et de faire seul tout ce qu'ils pourraient faire eux-mêmes, ne sont pas recevables à reprendre en leur propre nom une instance commencée à la requête de leur syndic, interrompue par un arrêt de la cour de cassation. (Angers, 29 juin 1831.)

4° Si, pendant le cours d'une saisie immobilière, l'avoué poursuivant cesse de pouvoir occuper pour lui, la constitution d'un nouvel avoué doit être signifiée au domicile du saisi; sans cette formalité les procédures antérieures à la cessation des fonctions de l'avoué sont nulles, encore que, dans des actes non signifiés au saisi, il y ait constitution d'un nouvel avoué. (Bourges, 9 août 1822.)

avoué, et si cet avoué continue la procédure, en vertu de pouvoirs et au nom des ayants cause, nous ne voyons pas qu'il soit nécessaire d'un acte particulier de reprise : l'instance sera donc tenue pour reprise sur le premier acte notifié. Telle est l'opinion des commentateurs de l'ordonnance, et de Jousse, entre autres, sur l'art. 2 du tit. XXVI.

Telle est aussi celle des jurisconsultes qui ont écrit sur le Code.

[Cela n'est pas douteux ; l'art. 347, en disant que l'instance sera reprise par acte d'avoué à avoué, n'exige pas de toute nécessité que cet acte intervienne, et ne lui attribue pas exclusivement le pouvoir de constater la reprise. Il en est d'autres, tels que seraient une signification quelconque, un acte d'instruction, une sommation, qui doivent également avoir cet effet, parce qu'ils présupposent un consentement tacite, un acquiescement à la reprise, et que l'exécution d'une chose doit valoir autant que la simple déclaration de l'intention où l'on est de l'exécuter. C'est, au reste, ce que disent Demiau, p. 261, Berriat, *Observ. IIe*, nos 41 et 42, et ce qu'a jugé la cour de Bordeaux, le 23 janv. 1834. Il est utile de rapprocher notre solution de la *Quest.* 1284.]

[**1288** bis. *Le légataire particulier de l'objet qui a donné lieu à la contestation peut-il reprendre l'instance?*

Pothier, *de la Proc. civ.*, part. 1re, ch. 4, sect. 3, § 1, édit. Dupin, ne le croit pas. Selon lui, le légataire à titre singulier ne peut qu'intervenir. Commaille, t. 1, p. 386, prétend au contraire que l'intervention est impraticable, et lui accorde le droit de reprendre directement l'instance; tel est aussi l'avis de Pigeau, t. 1, p. 283, n° 408 ; mais ce dernier auteur veut qu'avant de l'exercer, le légataire ait obtenu la délivrance de l'objet légué. A cette opinion, l'on peut objecter que, s'il s'agit de la propriété même de l'objet légué, les héritiers devront, dans leur intérêt, se refuser à la délivrance; il est possible, d'ailleurs, que la justice en ait ordonné le séquestre; d'un autre côté, la délivrance n'investit point le légataire particulier des actions du défunt; elles sont passées sur la tête des héritiers. Cette même raison nous empêche d'admettre le système de Commaille, puisque la reprise directe ne pourrait appartenir au légataire qu'autant qu'il serait subrogé aux droits de l'une des parties qui figuraient dans l'instance. Nous serions donc disposé à adopter le sentiment de Pothier, qui pense que l'intervention est la seule voie ouverte au légataire dans ce cas. Il faut bien, en effet, qu'il puisse utiliser la libéralité du défunt et défendre l'objet contre les prétentions qui tendraient, soit à faire sortir cet objet des biens de la succession, soit à en diminuer la valeur, et l'intervention, à défaut d'une action directe, est l'unique ressource qui lui soit offerte.

Il est vrai que l'intervention suppose une instance qui, absolument parlant, n'existe pas ici, puisqu'il s'agit de la reprendre ; mais au lieu de le faire par un simple acte, comme le dit l'art. 347, il signifiera d'avoué à avoué une requête avec copie de son titre, dans laquelle, après avoir établi son intérêt, il conclura à ce qu'il plaise au tribunal l'admettre à exercer, quant à ce, les actions du défunt, ce faisant, tenant l'instance pour reprise, le recevoir en tant que de besoin partie intervenante en icelle, pour qu'elle soit instruite et poursuivie ensuite suivant les derniers errements de la procédure. Cette marche, que conseille Demiau, p. 262 et 263, nous paraît la plus convenable pour éviter toute difficulté. Il en resterait cependant encore une objection : on la tirerait de ce que, pour reprendre régulièrement une instance, il faut que les héritiers y soient ou y aient été appelés, mais rien n'empêche, comme le dit ce même auteur, que le tribunal n'ordonne, avant de statuer sur la demande des légataires, que les héritiers seront mis en cause par la partie la plus diligente.]

Art. 348. Si la partie assignée en reprise conteste, l'incident sera jugé sommairement.

Tarif 75. — [Tar. rais., nos 262 et 263.] — C. proc., art. 404 et suiv. — (*Voy.* Formules 304, 305, 306 et 307.)

CCXC. Si la reprise ou la constitution n'a pas été faite dans les délais de l'ajournement, ces délais expirés, l'incident est poursuivi dès la première audience et jugé sommairement.

[Les motifs de la contestation peuvent être que l'instance est éteinte, que la personne assignée n'a pas qualité pour y défendre, qu'elle est encore dans les délais pour délibérer. (*Voy.* la *Quest.* 1291.)]

1289. *De ce que l'incident prévu par l'article* 348 *doit être jugé sommairement, en résulte-t-il que la cause doive être portée à l'audience sur un simple avenir, et sans qu'il soit besoin de signifier aucun moyen par écrit?*

Plusieurs auteurs décident affirmativement cette question; mais l'art. 75 du tarif prouve leur erreur, puisqu'il taxe une requête et une réponse à cette requête.

Cette remarque nous fournit l'occasion de rappeler que le mot *sommairement*, employé en plusieurs articles du Code, ne signifie pas que l'instruction sera toujours faite comme dans les affaires énoncées au titre des matières sommaires, mais de la manière indiquée sur la *Quest.* 733. (*V.* d'ailleurs Berriat, *des Renvois*, § 1, n° 1.)

[L'erreur que combat ici Carré est partagée

par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 614. (*V.* notre titre des *Matières sommaires.*)]

[1289 bis. *Peut-on contester la demande en constitution?*

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 614, le pense, quoique le Code n'en parle pas. Il cite pour exemple le cas où la cause est éteinte par prescription ou *autres causes*. Quant à la prescription, il nous semble qu'elle ne peut autoriser la partie assignée à contester la demande en constitution; la prescription, en effet, ne s'applique pas de plein droit, elle a besoin d'être opposée, et comme elle ne l'est jamais que par exception à l'action dirigée par le demandeur, il faut que la partie qui compte se libérer à l'aide de ce moyen constitue un avoué pour en être l'organe. D'ailleurs, dans l'incertitude où elle est s'il ne sera pas combattu, elle ne peut refuser par avance de se donner, dans la personne de cet officier ministériel, le seul représentant que la loi reconnaisse. Il y aurait cependant un cas où l'on pourrait, sans nul doute, contester la *demande en constitution*, ce serait celui où les héritiers assignés à cette fin auraient renoncé à la succession. (*Voy.* la question suiv. et le n° CCXCI de Carré.)]

1290. *Si des héritiers contestaient la demande en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué, sur le motif qu'ils auraient renoncé à la succession, que devrait faire le demandeur?*

Le demandeur doit faire créer un curateur à la succession vacante, l'assigner en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué, s'il y a lieu, et suivre contre lui. (*V.* Pothier, chap. 5, sect. 3, § 2.)

[C'est en effet la seule marche à suivre.]

1291. *Des héritiers assignés en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué sont-ils recevables d'opposer l'exception dilatoire résultant du délai donné par les art.* 797 *et* 798 *du Code civil, et* 174 *du Code de procédure, pour faire inventaire et délibérer?*

C'est notre opinion, conforme à celle de Delaporte, t. 1, p. 328, de Pigeau, t. 1, p. 288, n° 416, de Berriat, *De la reprise d'instance*, § 2, et des auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 330; opinion d'ailleurs conforme à celle énoncée par Bornier et par Jousse, sur l'art. 2 du tit. XXVI de l'ordonnance (1).

---

(1) Mais Demiau, p. 262, maintient le contraire; il se fonde, premièrement, sur la disposition de l'article 349, qui défend d'accorder d'autres délais que ceux qui restent à courir; secondement, sur l'art. 779, C. civ., qui déclare que les actes purement conservatoires, de surveillance et d'administration, ne sont pas des actes d'adition d'hérédité, si l'on n'y a pris le titre ou la qualité d'héritier. [Il a en effet été jugé par la cour de Paris, le 4 août 1825 (Sirey, t. 26, p. 23), et par celle de Bordeaux, le 2 déc. 1835, que la reprise d'instance volontaire ne constituait pas un acte d'héritier pur et simple, lorsqu'on y prenait la qualité d'habile à succéder, et que la partie qui, depuis sa renonciation, a laissé déclarer reprise contre elle une instance engagée avec son auteur, n'encourt pas pour ce fait une condamnation comme héritier.] Or, dans son opinion, ce que dit l'art. 349, pour le cas où la partie assignée ne se présente pas, doit s'appliquer *à fortiori* à celui où elle se présente; et, comme cet article exclut tout délai, sans aucune distinction, on doit conclure que, s'il eût voulu que la procédure fût suspendue pendant le délai accordé pour faire inventaire et délibérer, il n'eût pas manqué de le dire en cet endroit. D'un autre côté, on ne peut considérer comme acte d'héritier la part qu'un habile à succéder prendrait dans un procès commencé par le défunt, si toutefois il déclarait n'entendre prendre aucune qualité. Alors, il n'aurait d'autre objet que d'affranchir la succession d'une condamnation quelconque, il n'agirait que comme administrateur: donc on peut le contraindre à reprendre une instance, sans qu'il puisse opposer l'exception résultant du délai pour faire inventaire et délibérer.

Telles sont les raisons qui ont déterminé Demiau; mais nous ne les jugeons pas assez fondées en droit pour faire rejeter, sans distinction, le sentiment opposé des auteurs cités en commençant.

Et d'abord, nous croyons pouvoir regarder comme certain que l'art. 349 ne comprend point, dans sa prohibition, les délais pour faire inventaire et délibérer, ainsi que nous le prouverons sur la *Quest.* 1293. S'il en était autrement, on suppléerait aux dispositions de l'art. 174, C. proc., une exception qui n'est point textuellement prononcée par l'art. 349; car, ainsi que Demiau le dit lui-même, p. 240, à l'occasion d'une question que nous avons traitée sous le n° 1241, pour faire cesser un principe général, il faut qu'il y ait une exception expresse. Or, l'art. 174 établit, en principe général, que tout héritier a droit d'opposer l'exception résultant de ce qu'il est dans les délais pour faire inventaire et délibérer; exception qui, à la vérité, ne détruira pas la demande en reprise d'instance, mais qui en différera les poursuites comme en tout autre cas. (*V.* la *Quest.* 756.)

Mais cette opinion acquerra un nouveau degré de force, si nous prouvons que l'on ne peut appliquer généralement au cas proposé la disposition de l'art. 779, C. civ.

Ici nous rappellerons ce que nous avons dit sur la *Quest.* 757, que les personnes auxquelles appartient le droit d'opposer l'exception dilatoire pour faire inventaire et délibérer, ne peuvent user de cette exception s'il s'agit de demandes purement conservatoires ou d'administration, parce que les art. 179 et 1454, C. civ., les autorisent à former elles-mêmes de pareilles demandes sans qu'elles puissent être considérées comme ayant fait acte d'héritier; ainsi, par exemple, s'il s'agissait, dans l'instance en reprise pour laquelle elles seraient assignées, soit d'une saisie-arrêt, soit de réparations à faire à des immeubles, etc., on pourrait poursuivre la reprise, nonobstant l'exception dilatoire dont il est question.

Mais s'il s'agissait de toute autre contestation, d'une contestation qui roulât sur des droits dont la privation diminuerait l'actif de la succession, ou dont *l'allocation* faite à la partie adverse augmenterait son passif, il nous semble hors de doute que l'on ne pourrait forcer un successible de reprendre les suites de l'instance

[Nous partageons cette opinion, qui est encore celle de Favard, t. 4, p. 883, n° 4, de Thomine, n°307, et de Boitard, t. 2, p. 19. Il ne s'ensuit pas néanmoins qu'il soit interdit d'assigner l'héritier en reprise d'instance pendant les délais : seulement cette assignation n'aura point de suites, s'il oppose l'exception; mais il ne serait pas fondé à se renfermer dans le silence, tout en contestant l'opportunité de l'ajournement: il doit déclarer s'il entend profiter de l'exception dilatoire, et, dans le cas où son refus donnerait lieu à un incident, il doit supporter les frais. (Brux., 3 déc. 1834; J. de B., t. 2 de 1835, p. 112.)]

Art. 349. Si, à l'expiration du délai, la partie assignée en reprise ou en constitution ne comparait pas, il sera rendu jugement qui tiendra la cause pour reprise et ordonnera qu'il sera procédé suivant les derniers errements, et sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que ceux qui restaient à courir.

[Tar. rais., n° 265.] — C. pr., art. 149 et suiv. — (*Voy.* Formule 300.)

CCXCI. La loi ne suppose pas qu'à l'audience fixée par l'assignation donnée en conformité de l'art. 346, le défendeur en constitution de nouvel avoué puisse contester sur l'incident. En effet, en supposant qu'il existât en cette circonstance quelques moyens de contestation, il faudrait, pour les proposer, commencer par constituer un avoué, et cette constitution est précisément tout ce qu'on demande à la partie assignée.

Mais il n'en est pas ainsi du défendeur en reprise d'instance, qui peut avoir de justes motifs pour résister à la demande, soit en répudiant la qualité dans laquelle on l'assigne, soit en opposant quelques exceptions dilatoires, telles que celles qui résultent des délais accordés à l'héritier pour faire inventaire et délibérer.

Il est donc naturel que le défendeur en reprise d'instance comparaisse, et que le défendeur en constitution d'avoué fasse défaut, lorsqu'il ne veut pas acquiescer à la demande.

Cependant, il est possible que l'un, ainsi que l'autre, ne comparaisse pas à la première audience qui suit l'expiration des délais d'ajournement. Alors, il intervient un jugement par défaut, qui tient l'instance pour reprise, et ordonne qu'il y sera procédé *suivant les derniers errements* (*voy.* la note 2, aux observations préliminaires de ce titre, p. 145), sans autres délais que ceux qui restent à courir.

[Ce jugement ne peut statuer sur le fond, il doit se borner à tenir simplement l'instance pour reprise. C'est ce qu'enseignent Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 615, et Thomine, n° 398, et ce qu'a jugé la cour de Toulouse, le 8 mars 1827.]

1292. ***Si, de plusieurs parties assignées en reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué, l'une faisait défaut, faudrait-il appliquer l'art.* 153, *et conséquemment joindre le profit du défaut et ordonner une réassignation du défaillant?***

Nous ne le pensons pas, par le motif que le profit du défaut ne porte que sur la reprise et non sur le fond du procès. Ainsi, le profit doit être jugé à l'échéance de l'assignation. Ce qui le prouve, dit Demiau, p. 263, c'est que l'article 351 accorde, sans distinction, la voie de l'opposition contre le jugement qui intervient, tandis que l'art. 153 l'interdit pour le cas où le défaut a été joint en conformité de ses dispositions.

[Cette opinion est partagée par Thomine, n° 398; mais Favard, t. 4, p. 883, n° 4, s'appuyant sur le principe général écrit dans l'article 153, pense que le défaut-joint doit être prononcé; deux arrêts de la cour de Bordeaux, l'un du 4 fév. 1829, et l'autre du 31 juill. 1833, admettent implicitement le sentiment de ce dernier auteur. Nous disons implicitement parce que la nécessité du défaut-joint n'avait été contestée par aucune des parties. Toutefois l'arrêt de 1829 est remarquable en ce sens qu'il détermine les caractères d'un défaut-joint rendu sur une assignation en reprise d'instance. La cour de Bordeaux a pensé que l'action en reprise d'instance et le fond étaient entièrement distincts; qu'il fallait d'abord assignation en reprise, jugement de défaut-joint et réassigné pour que l'instance fût reprise, puis une nouvelle assignation tenant lieu d'avenir, sur cette assignation un jugement de défaut-joint au fond; qu'alors, dans ce dernier cas, l'instance était liée contradictoirement. Cette cour a annulé la procédure qui lui était soumise parce que ce second défaut-joint n'avait pas été ordonné.

A notre titre des *Jugements par défaut,*

---

avant l'expiration des délais que la loi lui donne, pour faire inventaire et délibérer : il ne s'agit plus ici des actes que la loi qualifie *actes conservatoires.*

Au reste, Demiau, en disant que l'héritier doit protester, en reprenant l'instance, qu'il n'agit qu'en qualité d'administrateur, ne convient-il pas implicitement qu'il a droit de proposer l'exception? En effet, dans le cas où la contestation n'a aucun trait à la conservation ou à l'administration, quel motif raisonnable alléguerait-on pour l'obliger à soutenir un procès qui, en définitive, lui deviendrait indifférent, s'il renonçait à la succession? Et, d'un autre côté, pourrait-on exiger qu'il le soutînt en qualité d'administrateur, puisqu'il ne concernerait pas l'administration?

Quest., 621 *quinq.*, nous avons déjà eu l'occasion de nous expliquer sur l'extension qu'il nous paraissait convenable de donner aux termes de l'art. 153, mais nous n'avons pas cru devoir comprendre la reprise d'instance dans les cas où l'application de cet article est nécessaire. Nous persistons à soutenir que cette procédure serait inutile et par conséquent frustratoire.

Le motif de l'art. 153 est celui-ci, empêcher qu'un exploit puisse être soufflé et prévenir les contrariétés de jugements. L'art. 153 devra donc être appliqué toutes les fois qu'aucune précaution particulière n'aura été prescrite et qu'une contrariété de jugements sera à craindre.

L'art. 350 veut que le jugement rendu par défaut contre une partie sur la demande en reprise d'instance soit signifié par un huissier commis; plus de crainte que l'exploit ne soit soufflé ; c'est la précaution de l'art. 153 lui-même.

Ce jugement ne doit pas être exécuté avant l'expiration de la huitaine de sa signification à personne.

L'exécution de ce jugement, ainsi que nous l'avons dit *Quest.* 663, est une nouvelle assignation pour venir à l'audience. Jusqu'à cette assignation, la partie défaillante peut former opposition au jugement par défaut qui déclare l'instance reprise. Sur la nouvelle assignation, jugement de défaut-joint au fond est prononcé; la contrariété de jugements n'est donc plus à craindre.

Pourquoi donc, sans aucun but réel, prescrire une longue et coûteuse évolution de procédure, quand toutes les parties ne seront privées d'aucune des garanties indiquées par le législateur ?

Les art. 349, 350 et 351 nous paraissent contenir une procédure particulière et exclusive du défaut-joint sur cet incident. (*V.* aussi notre *Quest.* 632 *ter.*)]

1298. ***Quel est le sens de cette disposition, par laquelle l'art. 349 défend d'accorder d'autres délais que ceux qui restaient à courir? [Quid des délais de procédure d'une durée très-restreinte?]***

Cette disposition doit s'entendre en ce sens que, si, au moment du décès de la partie ou de l'avoué, il restait des délais à courir, la partie condamnée à reprendre l'instance ou à constituer nouvel avoué, n'a que le restant du délai pour remplir telle ou telle formalité, telle ou telle obligation qui serait prescrite (1).

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 615, s'exprime encore de même, et nous adoptons cette explication.]

Art. 350. Le jugement rendu par défaut contre une partie, sur la demande en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué, sera signifié par un huissier commis; si l'affaire est en rapport, la signification énoncera le nom du rapporteur.

Tarif 29. — C. pr., art. 95, 156. — [Devilleneuve, v° *Reprise d'instance*, n° 8.]

CCXCII. Le jugement rendu par défaut, conformément à l'article précédent, est celui qui serait prononcé contre une partie, sur une demande *incidente* en reprise d'instance, ou en constitution de nouvel avoué.

Il doit être levé et signifié à cette partie dé-

---

(1) Ainsi Pigeau, t. 1, p. 287, n° 413, suppose pour exemple que, par jugement préparatoire, il ait été ordonné que, dans trois mois, le défendeur justifierait de telles pièces ; il décède au bout de deux mois et dix jours : il ne restera à l'assigné en reprise ou en constitution d'avoué que vingt jours, à compter de la signification du jugement, pour produire la pièce en question. En un mot, le législateur, par l'art. 349, a voulu que la reprise d'instance ou la constitution de nouvel avoué ne pût, en aucune manière, servir à la partie contre laquelle l'instance est tenue pour reprise, de prétexte pour la prolonger au delà des délais dans lesquels le procès eût été en état sans ces circonstances; que, sous ce rapport, cette partie est mise à la place du défunt, s'il s'agit d'une assignation en reprise, ou dans la position où elle était à l'époque où elle avait encore son avoué, s'il s'agit d'en constituer un nouveau. Mais on sent que le délai donné à un héritier pour faire inventaire et délibérer, est indépendant de ces délais de *procédures*, desquels il s'agit uniquement en l'article que nous expliquons; le premier ne tient point à l'instruction de l'affaire, il ne concerne que la personne.

[Thomine, n° 399, excepte de la prohibition portée par les derniers mots de l'art. 349, les courts délais de procédure, par exemple, le délai de huitaine pour commencer l'enquête. Il pense que, si ce délai était à la veille d'expirer au moment où la cause a été mise hors de droit, il ne serait pas juste de n'accorder à la partie qui la reprend que les quelques heures qui resteraient à courir; qu'en un mot, le délai doit recommencer pour elle avec toute sa durée. Nous croyons, au contraire, que ces sortes d'événements ne peuvent avoir pour effet d'interrompre, mais seulement de suspendre le délai ; la partie qui reprend se met aux lieu et place de celle qui était précédemment dans l'instance : elle ne peut donc jouir de plus de faveur que celle-ci, car elle n'a pas plus de droits; s'il ne restait qu'un jour à la partie décédée pour faire ses diligences, son successeur ne doit avoir qu'un jour. (*V.* la *Quest.* 994, sur l'art. 257.)

Thomine dit qu'on pourra abuser de ce principe, en retardant jusqu'au dernier jour la notification de l'événement qui suspend l'instance, et en divisant ainsi en deux parts inégales un délai dont la loi a voulu que la partie jouît en entier. Mais de ce que la seconde part est fort courte, s'ensuit-il que la partie n'ait pu faire ses diligences dans la première qui est fort longue? D'ailleurs, s'il y a fraude ou mauvaise foi, ne pourra-t-on pas demander et obtenir une prorogation?]

faillante par un huissier commis à cet effet, ou par le jugement même, ou par une ordonnance du président.

[1293 bis. *Le jugement par défaut, dont parle l'art.* 350, *C. proc., est-il, en cas d'inexécution dans les six mois de son obtention, sujet à la péremption prononcée par l'art.* 156 *du même Code, à l'égard des jugements rendus par défaut contre la partie qui n'a pas constitué avoué?*

Nous avons déjà examiné cette difficulté, sur les *Quest.* 641 *quater,* et 663.]

[1293 ter. *Le jugement de défaut rendu sur le fond, après la signification d'un jugement de défaut sur l'incident en reprise, serait-il susceptible d'opposition?*

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 616, décide la négative, en se fondant sur ce que la partie défaillante a été assignée par huissier commis, et qu'elle doit dès lors être traitée comme celle qui aurait été réassignée après défaut profit-joint. Nous n'adoptons point cette opinion.

La signification par huissier commis dont parle l'art. 350 n'est point une assignation ; et, quand elle le serait, comme elle ne vient pas à la suite d'un jugement par défaut sur le fond, elle ne peut avoir pour effet d'enlever le droit d'opposition contre le jugement par défaut qui la suivra.

Pourquoi, dans le cas d'un profit-joint, le second jugement est-il censé contradictoire? C'est parce que le premier, en vertu duquel on a réassigné, avait été rendu sur une assignation donnée pour voir juger le fond, et que, par conséquent, c'est un second jugement sur le même objet.

Mais ici il n'en est point de même. Le premier jugement non-seulement n'a statué que sur la reprise, mais encore n'a statué que sur une assignation en reprise. Celui qui interviendra plus tard sur le fond sera le premier sur cette matière ; il faut donc qu'il soit susceptible d'opposition.

Enfin, nous avons vu, n° CCXCI, et nous verrons encore, *Quest.* 1294, que le jugement de reprise doit être isolé du jugement sur le fond ; il s'ensuit qu'il ne peut avoir d'influence sur la nature contradictoire ou non de celui-ci.]

Art. 351. L'opposition à ce jugement sera portée à l'audience même dans les affaires en rapport.

C. pr., art. 95, 157 et suiv., et 165.

CCXCIII. La partie défaillante peut, dans les délais et suivant les formes ordinaires, former opposition contre ce jugement. Cette opposition est ensuite portée à l'audience, même dans les affaires mises en rapport, et le tribunal juge ce qu'il appartient.

Le délai de l'opposition expiré, si la partie défaillante a continué de garder le silence, on procède au jugement définitif, qui, pareillement, est rendu par défaut.

[Voyez *suprà* notre *Quest.* 1293 *ter.*]

1294. *L'opposition peut-elle être jointe au fond?*

S'il est formé opposition au jugement par défaut rendu en conformité de l'art. 349, il résulte évidemment de l'art. 351 qu'elle forme un incident qui doit être porté à l'audience, et sur lequel le tribunal doit statuer isolément, et abstraction faite du fond de la contestation, qui ne pourrait être jugé qu'après cet incident. (*Voy.* Demiau, p. 264, et le Comm. des *Ann. du Not.*, t. 2, p. 420.)

[Cette solution est incontestable. On la retrouve dans l'ouvrage de Thomine, n° 401. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 617, fait observer, avec raison, que l'opposition ne serait plus recevable après l'exécution du jugement, par exemple si on avait procédé sur l'instance déclarée reprise.]

CINQUIÈME SUBDIVISION.

TITRE XVIII.

DU DÉSAVEU (1).

En général, le contrat qui se forme entre la partie et son avoué a les caractères et doit produire les effets du mandat ; mais les actes faits par un avoué ne sont pas nuls de plein droit, comme dans l'espèce d'un mandat ordinaire (Cod. civ., 1989 et 1998) : ils sont seulement sujets à l'annulation, par suite de l'action en désaveu.

Cette action est celle qui appartient à toute partie qui prétend qu'un *officier ministériel*

(1) *Voy.* t. 1, le titre de la *Constitution d'avoué.*

n'a point eu commission d'occuper ou d'instrumenter pour elle, ou qu'il a excédé les bornes de son pouvoir.

Le désaveu est l'acte qui renferme ce maintien, et c'est en ce sens que l'on dit que *le désaveu est fait au greffe* (353); *qu'il est signifié par acte d'avoué à avoué* (354), etc.

Son objet est de procurer à la partie lésée la réparation du tort qui lui a été porté par le fait indiscret ou coupable de l'officier ministériel.

On distingue deux sortes de désaveux, le *désaveu principal,* formé directement contre un acte, et indépendamment de toute instance, et le *désaveu incident,* formé contre un acte employé dans une instance.

Dans tous les cas, l'action n'est admise qu'à l'égard des actes pour lesquels la loi exige un pouvoir spécial (art. 352), et que la partie n'a point d'ailleurs exécutés ou ratifiés, soit expressément par une approbation écrite, soit tacitement par un fait quelconque, qui se trouverait en opposition directe avec le désaveu. (*Voy.* C. civ., art. 1338.) On applique ici le principe que la ratification équivaut au mandat. *Ratihabitio mandato œquiparatur* (1).

Art. 352. Aucunes offres, aucun aveu ou consentement, ne pourront être faits, donnés ou acceptés sans un pouvoir spécial, à peine de désaveu.

Ord. de 1667, tit. XXXV, art. 34.—C. civ., art. 1109, 1258 et suiv., 1356, 1987.—C. pr., art. 49, 73 et suiv., 812 et suiv. — [Devilleneuve, v° *Désaveu*, n°s 1 à 13. —Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. III, art. 147, §§ 4 et suiv., et art. 283, *Q.* 314.—Locré, t. 9, p. 238, 297] (2).

CCXCIV. Les huissiers sont, comme les avoués, exposés au désaveu, quoique la loi ne paraisse s'occuper ici que des avoués qui ont agi sans pouvoir (3).

On sait que le mandat *ad lites* intervient entre une partie et son avoué, par la simple remise des pièces que celle-là fait à celui-ci.

Mais le pouvoir qui résulte du fait de cette

---

(1) C'est par cette raison que, dans le cas où les actes désavoués auraient donné lieu à un jugement passé en force de chose jugée, ce jugement est considéré comme s'il avait été rendu *sur défaut, faute de comparaître*, à la seule différence que l'action en désaveu est encore recevable dans les huit jours après l'exécution, tandis que l'opposition ne le serait plus. La loi suppose *acquiescement*, si la partie a laissé passer ce délai (362).

(2) JURISPRUDENCE.

[1° Lorsque l'avoué d'une partie acquiesce à un jugement qui a ordonné expertise, cette partie n'en peut interjeter appel qu'en désavouant l'officier ministériel qu'elle avait revêtu de sa confiance. (Aix, 14 juin 1825.—*V.* notre *Quest.* 1298.)

2° Lorsqu'un jugement a été rendu, du consentement de l'avoué, il en résulte un acquiescement pour son client, qui ne peut être détruit que par une action en désaveu; tant que ce désaveu n'a pas été fait, l'appel n'est pas recevable. (Grenoble, 28 fév. 1812.)

3° Lorsque devant un tribunal de première instance, il a été fait, sans autorisation, des déclarations au nom de l'une des parties, qui lui sont préjudiciables, elle n'est point obligée, si ces déclarations n'ont point été insérées dans les motifs du jugement, de prendre la voie du désaveu avant d'interjeter appel; en ce cas, la partie a pu croire qu'elles n'avaient influé en rien sur la décision rendue à son préjudice. (Paris, 12 avril 1806; Sirey, t. 7, p. 901 et 902.)

4° Le pouvoir donné à l'avoué pour enchérir n'emporte pas pouvoir de faire des offres lors de la surenchère; et pour qu'il demeure adjudicataire en son nom il n'est pas nécessaire d'exercer une action en désaveu. (Aix, 22 mars 1821; Dalloz, t. 9, p. 122.)

5° Lorsqu'un jugement constate que des conclusions ont été changées à l'audience, en présence de la partie, assistée de son avocat et de son avoué, on ne peut attaquer cette énonciation que par l'action en désaveu ou par l'inscription de faux. (Cass., 8 déc. 1829; Sirey, t. 30, p. 8.)

6° Le successeur d'un avoué qui a occupé pour les parties qui avaient constitué son prédécesseur est présumé, jusqu'à désaveu, avoir procédé avec des pouvoirs suffisants, et les actes faits avec lui sont valables. (Paris, 11 nov. 1828.)

7° Une partie peut demander la réduction des frais de son avoué, encore bien qu'elle n'ait dirigé contre lui aucun désaveu. (Cass., 26 déc. 1837; Sirey, t. 38, p. 556.)

8° Lorsque, dans une requête au président, l'avoué a donné à son client une qualité que ce dernier répudie par la suite, jusqu'au désaveu régulièrement intenté, cette qualité doit rester à la partie qui l'a reçue. (Paris, 21 juin 1828; Sirey, t. 28, p. 337.) A moins que l'énonciation de cette qualité ne fût en contradiction manifeste avec les prétentions exprimées dans cette requête.]

(3) Plusieurs dispositions du titre XVIII feraient au contraire facilement présumer que l'action en désaveu, dont il établit les règles et les formes, n'est ouverte que contre les avoués; telles sont, entre autres, celles des art. 354 et 355.

Le tribun Perrin semble fournir un argument en faveur de cette interprétation restrictive de l'art. 352, dans la définition qu'il a donnée de l'action dont il s'agit : c'est, dit-il, celle qui appartient à la partie dont l'avoué a excédé les pouvoirs et compromis les intérêts.

Quoi qu'il en soit, nous pensons, avec la plupart des auteurs qui ont écrit sur notre Code, par exemple avec Merlin, *Rép.*, v° *Désaveu*, avec Pigeau, t. 1, p. 289, n° 418, avec Berriat, note 4, qu'un huissier peut être désavoué dans les cas prévus en l'art. 352, et que ce désaveu doit s'instruire de la même manière que celui d'un avoué.

Cette proposition était certaine sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, et les termes généraux dans lesquels l'art. 352 s'exprime, la circonstance que la loi exige en plusieurs cas que les huissiers soient munis d'un pouvoir spécial, nous paraissent autoriser l'action en désaveu contre l'huissier.

[Cette opinion, qui ne peut plus souffrir de difficulté, est encore partagée par Thomine, n° 401, Boitard, t. 2, p. 22, et Favard, t. 2, p. 72, n° 1. Il suffit, pour être sujet au désaveu, d'être mandataire, et mandataire *ad lites*.]

remise se borne aux actes ordinaires d'instruction, et au développement des moyens qui naissent ou des pièces ou de la loi.

Si donc il s'agit, dans le cours d'une intance, de faire ou d'accepter des offres, d'avouer ou de désavouer des faits, de donner un consentement qui touche le droit ou l'exercice du droit litigieux, de déférer le serment décisoire, d'élever des incidents extraordinaires, tels qu'une inscription de faux, une récusation de juges ou d'experts, une demande en renvoi d'un tribunal à un autre, pour cause de parenté ou d'alliance, l'avoué doit obtenir un pouvoir spécial, à peine de désaveu. (*Voy.* ci-après *Quest.* 1297, 1298.)

En général, tant qu'un officier ministériel n'est pas désavoué par la partie au nom de laquelle il agit, on doit le supposer suffisamment autorisé : la partie ne peut donc exiger de lui qu'il représente ses pouvoirs, et encore moins former la demande en désaveu.

Cependant, il est des cas où la loi veut impérieusement que la copie du pouvoir soit donnée à la suite d'un acte, ou que l'acte lui-même soit signé de la partie à la requête de laquelle il est fait. Alors, celui contre lequel on agit peut, non désavouer l'acte, mais le soutenir nul.

[La partie au nom de laquelle on agit le peut également, comme l'enseigne, avec raison, Pigeau, art. 1, *in fine* du chap. *désaveu.*]

1295. *L'action en désaveu est-elle ouverte contre un avocat?*

Nous pensons, avec Duparc-Poullain, t. 8, p. 149, que l'action en désaveu ne peut avoir lieu contre l'avocat, dans ce qui est purement de son ministère. Il n'est point obligé de prendre les précautions auxquelles l'avoué est assujetti, même dans les cas où le pouvoir spécial est nécessaire. Outre qu'il est présumé défendre la cause suivant ses lumières et sa conscience, ce n'est point lui, c'est l'avoué qui doit se munir du pouvoir spécial nécessaire pour la validité des offres, consentements, etc. Si celui-ci donnait des consentements, faisait des aveux, des offres nuisibles à sa partie, sans un pareil pouvoir, elle pourrait sans doute les désavouer; mais ce désaveu ne pourrait donner lieu de mettre l'avocat en cause : il ne serait dirigé que contre l'avoué.

Et en effet les avocats exercent *librement* leur ministère pour la défense de la justice et de la vérité : il faudrait donc, pour qu'on pût les inquiéter à l'occasion de ce qu'ils auraient dit dans l'exercice de leurs fonctions, un dol bien prouvé, une prévarication.

Mais la prévarication de l'avocat serait encore plus punissable que celle de l'avoué, à cause de la dignité et de la noblesse de la profession.

Au reste, c'est à l'avoué à désavouer hautement et publiquement à l'audience les assertions de l'avocat, si elles étaient préjudiciables à la cause, et, d'après ce désaveu, elles cesseraient d'avoir influence sur le juge. Autrement, l'avocat serait présumé n'avoir rien avancé que du consentement de l'avoué, et ce serait contre lui seul que l'action pourrait être intentée.

[Comme l'a jugé la cour de cassation, le 26 avril 1824.]

Tels sont les principes qui furent consacrés par deux arrêts rapportés au *Nouveau Rép.*, au mot *Avocat*, § 9 (1). (*Voy.* Serres, t. 4, tit. III, § 7; *Nouveau Denisart*, v° *Désaveu*, § 1, p. 295.)

[On peut consulter encore, sur cette question, la loi 1re, *C. de errore advoc.*, Brillon, *Dict. des Arr.*, v° *Avocat*, n° 18, Ferrière, *Dict. de Droit*, *eod. verbo*, du Rousseaud de Lacombe, n° 17, Bodin, quest. sur l'art. 34 du tit. XXXV de l'ord. de 1667; et, parmi les auteurs modernes, Merlin, *Rép.*, v° *Avocat*, § 8, n° 2, et § 16, note 7, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 619, Thomine, n° 402, et Boitard, t. 2, p. 22, qui adoptent tous l'opinion professée par Carré. Favard, t. 2, p. 72, n° 1, laisse la question indécise; et Dalloz, t. 9, p. 124 et suiv., nos 8, 10 et 11, où il la traite *ex pro-*

---

(1) Nous ne dissimulerons point que l'on pourrait tirer contre notre opinion quelques inductions d'un arrêt de la cour de Brux. du 15 mars 1810 (Sirey, t. 14, p. 265), et opposer en outre un arrêt de la cour de cassation du 16 mars 1814, également rapporté par Sirey, t. 14, p. 296, lequel a décidé que *l'avocat, assisté de l'avoué, a représenté la partie, et que les aveux qu'il a pu faire dans la plaidoirie sont censés faits par la partie elle-même.* En conséquence, considérant, dans l'espèce, que la partie n'avait point désavoué *légalement* l'avocat qui avait plaidé pour elle devant la cour d'appel, ce même arrêt déclare que dès lors l'aveu de celui-ci ne pouvait être critiqué.

Nous concevons bien qu'en cette circonstance, on peut dire qu'il n'y a pas contravention à la loi, et par conséquent matière à cassation, lorsque les juges, sur le motif d'un tel aveu, déclarent le fait suffisamment justifié; mais nous persistons à penser qu'il n'y a pas lieu à formaliser contre l'avocat une action en désaveu, conformément aux dispositions du présent titre. La discussion au conseil d'État prouve que l'action dont ce titre établit les formes ne procède que contre les officiers ministériels (*voy. suprà*, aux observations préliminaires, et n° 1111 ci-dessus); et, s'il peut y avoir lieu à cette action dans le cas que nous supposons ici, elle ne peut être dirigée, comme nous l'avons dit ci-dessus, que contre l'avoué présent à la plaidoirie de l'avocat, et à qui il appartient de démentir des faits indiscrètement avancés par ce dernier, puisqu'il est *dominus litis*, et seul représentant légal de la partie. Au reste, cette opinion a été formellement consacrée par arrêt de la cour de Colmar du 22 déc. 1820 (Sirey, t. 21, p. 256).

fesso, se décide pour la solution contraire. Les considérations dont il appuie son avis ne manquent pas de valeur, mais elles nous semblent devoir toutes échouer devant cette remarque, que l'avocat, bien qu'il soit le mandataire de la partie, n'en est point le mandataire légal et judiciaire; qu'il ne représente point son client, à moins qu'il ne soit assisté de celui-ci ou de l'avoué qui occupe pour lui, auquel cas toutes ses paroles sont censées concertées avec eux, et ne doivent, par conséquent, donner lieu à aucun désaveu contre celui qui les prononce.

Indépendamment des arrêts cités par Carré, on peut en invoquer deux autres de la cour de Rennes, qui a jugé, le 17 août 1818 (Dalloz, t. 9, p. 150), qu'un avocat n'est pas responsable des moyens qu'il emploie pour la défense de son client, et, le 13 janvier 1826, en conséquence de ce principe, que les juges ne peuvent donner acte à une partie d'une déclaration verbalement faite à l'audience par l'avocat de son adversaire.]

1296. *L'action en désaveu est-elle ouverte contre le mandataire qui aurait plaidé devant un tribunal de commerce?*

La Cour de Rouen, par arrêt du 1er mars 1811 (Sirey, t. 11, p. 233), a décidé que ce mandataire est exposé à un désaveu comme le serait un avoué, s'il donnait, dans sa plaidoirie, quelques consentements préjudiciables à sa partie, sans avoir reçu d'elle un pouvoir *ad hoc.*

Deux arrêts de la Cour de Rennes, l'un du 19 juillet 1808, l'autre du 9 mai 1810 (Dalloz, t. 9, p. 111), supposent une décision semblable, puisqu'ils ont déclaré, par les motifs qui seront développés sur l'art. 356, que l'action de désaveu ne peut en ce cas être jugée que devant les tribunaux civils d'arrondissement.

On pourrait objecter, contre ces décisions, que le mandataire dont il s'agit est un simple procurateur *ad negotia*, rigoureusement obligé de se renfermer dans les bornes de son mandat; qu'à son égard, si l'on oppose au mandant un acte fait en son nom par le mandataire, contre les termes du mandat ou au delà, il suffit au premier d'opposer à celui qui veut exécuter un pareil acte le défaut ou l'insuffisance de pouvoir, et que c'est à celui qui veut se servir de l'acte à recourir en garantie vers le prétendu mandataire, si celui-ci l'a trompé sur l'étendue ou l'existence de ses pouvoirs.

Ce n'est plus alors que la matière d'un procès qu'on doit suivre par les voies ordinaires, (*Voy.* Duparc-Poullain, t. 8, p. 132, et l'article 1998 du Code civil.)

Ces principes sont vrais; mais, pour en écarter l'application au mandataire qui plaide devant un tribunal de commerce, ne suffit-il pas de dire que ce mandataire, chargé de défendre en justice, n'est point en cette partie un simple procurateur *ad negotia*, mais un véritable procurateur *ad lites?*

Si, dans les tribunaux de commerce, il n'y a pas d'avoué en titre, si l'on n'y connaît plus ce qu'on appelait autrefois des agréés ou postulants, qui tenaient de l'approbation des juges une sorte de caractère légal, en est-il moins vrai que le ministère qu'exercent les mandataires chargés, en ces tribunaux, de la défense des parties, est véritablement de la même nature que celui d'un avoué? C'est le soin et la conduite d'un procès, c'est une poursuite, une défense judiciaire qui leur sont conférés; la partie est donc liée par les agissements d'un mandataire devant les tribunaux de commerce, comme par ceux d'un avoué devant les tribunaux ordinaires, la procédure subsiste donc jusqu'au désaveu, elle est donc régulière et censée faite de l'aveu de la partie. C'est ici le cas de la maxime *factum procuratoris factum partis.*

Au surplus, l'avis que nous émettons ici se trouverait justifié par un arrêt de la cour de Paris du 12 avril 1806 (Sirey, t. 7, p. 901 et 902), qui a décidé qu'avant le rétablissement des avoués, l'action en désaveu était ouverte contre le fondé de procuration qui représentait une partie devant les tribunaux.

Coffinières dit, avec raison, en citant cet arrêt dans la *Jurisp. des Cours,* t. 3, p. 238, qu'il sert à décider la question relativement aux mandataires admis à plaider dans les tribunaux de commerce (1).

[La question est encore controversée. L'avis de Carré est embrassé par Favard, t. 2, p. 72,

---

(1) Contre cette proposition, on peut citer un arrêt de la cour de Brux. du 7 déc. 1812 (Dalloz, t. 9, p. 127). Cet arrêt décide positivement que toute action résultant d'excès de pouvoir de la part du mandataire que les parties emploient librement devant les tribunaux de commerce, doit être réglée d'après les principes généraux du mandat. Ainsi, la question dont l'examen, dans notre *Analyse,* a donné lieu à la proposition ci-dessus, est et demeurera sujette à controverse, jusqu'à ce que la cour de cassation l'ait expressément décidée. Il faut convenir que la discussion au conseil d'État fournit une forte raison, en faveur de l'arrêt de Bruxelles, en ce qu'on y a formellement exprimé que, « si le mot *désaveu,* pris *généralement,* peut s'appliquer à toute espèce de mandataire qui a excédé » ses pouvoirs, cependant telle n'est pas l'acception » dans laquelle ce terme est employé au tit. XVIII, » C. proc.. où il n'a trait qu'aux *officiers ministériels* » qui ont *nui à leur partie en excédant leurs pouvoirs.* » (*V.* Locré, t. 2, p. 16.) Mais quoi qu'il en soit, nous persistons dans notre précédente solution, l'opinion contraire nous semblant sujette à une foule d'inconvénients.

n° 2, Dalloz, t. 9, p. 124, nos 4 et 5, et Thomine, n° 402. Mais il est combattu par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 709.

Quant à nous, il nous semble que, quoique l'agréé ou le simple mandataire devant un tribunal de commerce, car nous ne faisons point de différence entre les deux, ne soit pas un officier ministériel, il n'en est pas moins sujet au désaveu, dans le cas où il se permettrait, sans mandat spécial, un des actes mentionnés dans l'art. 352, C. proc. Ce n'est pas en effet à sa qualité, mais à la nature du mandat qu'il exerce, que se rapporte cette faculté du désaveu. Il est évident que tout mandataire chargé de la défense d'un procès doit jouir d'une certaine latitude pour sa direction; car le mandat primitif ne peut pas prévoir toutes les circonstances qui naîtront de la discussion et qui rendront nécessaire telle ou telle conduite de la part du défenseur. Voilà pourquoi le mandat *ad lites*, quoique donné en termes généraux, est censé comprendre des pouvoirs suffisants pour aviser à tous les cas qui se présenteront, et dès lors tout ce qui émane du mandataire doit être pris, par la justice et par l'adversaire, comme émanant de la partie elle-même. Les actes d'un mandataire *ad negotia*, s'ils excèdent ses pouvoirs, ne lient point son mandant vis-à-vis de l'autre partie, parce que celle-ci a à s'imputer de ne s'être pas plus soigneusement informée de l'étendue du mandat; le mandataire *ad lites*, au contraire, oblige son mandant, parce que la partie adverse doit voir dans le mandat général, un motif de confiance pour tous les cas spéciaux. De là vient, suivant nous et suivant Dalloz, qui expose la même théorie, que le désaveu est toujours nécessaire pour éviter les conséquences des offres faites ou des consentements donnés par un mandataire *ad lites*, tel qu'un agréé, ou procureur fondé devant les tribunaux de commerce, les justices de paix, etc. La cour de Nîmes, le 22 juin 1824 (Sirey, t. 25, p. 176), celle de Toulouse, le 27 avril 1820, et celle de Paris, le 7 fév. 1824 (Sirey, t. 25, p. 196), ont expressément consacré cette doctrine.

C'est à tort, ce nous semble, que l'on croit voir une décision opposée dans un arrêt de la cour de Metz du 25 août 1822 (Sirey, t. 25, 2e, p. 73). Cet arrêt décide bien que c'est la voie de l'opposition et non celle du désaveu qui est ouverte à la partie, pour faire réformer un jugement du tribunal de commerce rendu contre elle, sur l'aveu d'une personne qu'elle n'avait point chargée de la représenter. Mais c'est qu'alors le mandat *ad lites* n'avait pas été donné; et, comme on ne peut comparaître devant les tribunaux de commerce qu'en personne ou par un fondé de pouvoirs, la partie qui n'avait point donné ces pouvoirs était censée défaillante. Ce n'est pas là l'espèce de notre question. Nous croyons qu'il en est de même d'un arrêt de la cour de Lyon, du 9 janv. 1831, qui renvoie la partie à se pourvoir en dommages-intérêts, et lui refuse l'action en désaveu contre l'agréé qui l'avait représentée. Il paraît que, là aussi, c'était le pouvoir de comparaître que l'on contestait. Ainsi on ne peut tirer de ces décisions aucune conséquence contre celle que nous avons développée.

Ce qui est plus directement en opposition avec la distinction que nous avons posée, c'est un arrêt de la cour de cassation, du 9 fév. 1814 (Sirey, t. 14, p. 265), qui semble décider qu'il faut un désaveu judiciaire, pour empêcher la régie de l'enregistrement de percevoir un droit de mutation sur un acte de vente fait par un mandataire qui a excédé ses pouvoirs; ici, en effet, il s'agissait d'un mandataire *ad negotia*, et, d'après ce que nous avons dit, ce serait plutôt l'action en nullité que celle en désaveu qui serait ouverte dans ce cas. Comme l'arrêt dont nous parlons ne mentionne la nécessité du désaveu que dans une phrase incidente, et qu'il n'en fait pas le principal de ses motifs, nous ne pensons pas qu'il puisse faire jurisprudence ni balancer les raisons que nous avons données. Nous croyons donc devoir persister dans notre opinion.]

[1296 bis. *En matière de simple police, peut-on intenter une action en désaveu contre le mandataire chargé de représenter l'inculpé?*

Non : car la procédure criminelle a des règles spéciales. Le Code d'instruction criminelle n'a ouvert, contre les jugements, que la voie de l'opposition, de l'appel ou de la cassation, suivant les circonstances.

Mais s'ensuit-il que l'inculpé sera lié par les aveux du prétendu mandataire? Nous pensons qu'il faut distinguer : ou l'inculpé n'avait donné aucun mandat, et alors il serait trop inique qu'une condamnation fût maintenue, lorsque non-seulement elle a été prononcée hors sa présence, mais encore qu'elle a pour base des aveux qui ne sont aucunement de son fait; le jugement est alors nécessairement par défaut, et l'opposition est recevable : ou l'inculpé reconnaît avoir donné mandat de le représenter, mais se plaint que le mandataire en a excédé les bornes; il doit s'imputer à faute d'avoir mal choisi; la loi lui permet de se faire *représenter;* d'où il suit que quiconque se présente en son nom ne peut le faire que muni des pouvoirs nécessaires pour le remplacer; il serait dérisoire, en effet, qu'un mandataire comparût devant un tribunal de simple police, avec pouvoir de répondre *négativement* à toutes les questions du juge; telle serait cependant la conséquence à laquelle on arriverait, en prétendant que ce mandataire n'avait pas plein pouvoir; l'inculpé aurait alors seulement une action en dommages-intérêts devant

les tribunaux civils. Tel est l'avis formel de Favard, t. 2, p. 72 et 73, et du célèbre Legraverend, dans son *Traité de la Législation criminelle,* t. 3, p. 264, n° 281.]

1297. ***Quels sont les cas dans lesquels il a été décidé qu'il n'y avait pas lieu à désaveu contre un huissier ou un avoué?***

Nous rassemblerons, sur cette question, quelques décisions des cours souveraines, rendues en différentes circonstances, où l'on soutenait que l'action en désaveu était ouverte; et, comme les questions qu'elles ont résolues ne nous paraissent désormais pouvoir fournir matière à controverse, nous les réduirons aux propositions suivantes :

1° Un avoué ne peut être sujet à désaveu pour avoir pris des conclusions qui dériveraient naturellement de son mandat; il est suffisamment autorisé par la remise de l'original ou de la copie des pièces; l'adversaire est, en quelque sorte, tenu de suivre sa foi. (*V.* Brux., 4 therm. an XIII, *Décis. not.,* t. 11, p. 62, et la *Quest.* 382.)

2° Tout huissier porteur de pièces qu'il tient, soit de l'avoué, soit de la partie, est autorisé (sauf les cas prévus par l'art. 556) à instrumenter sans autre pouvoir, et ne peut conséquemment être désavoué. Il en est de même, à plus forte raison, de l'huissier qui fait un acte de son ministère, en vertu d'une ordonnance du juge. (*Voy.* Paris, 4 fév. 1808; *id.,* t. 3, p. 247, et t. 4, p. 161.)

3° Un avoué ne peut être désavoué par sa partie, sous prétexte que, pour la décision de la cause, il s'en serait rapporté à la prudence des juges. (*V.* Paris, 13 mars 1810; Sirey, t. 14, p. 263.)

4° Il ne peut l'être également pour avoir défendu sur l'opposition à un jugement lors duquel il aurait occupé, encore bien qu'il eût déclaré, à l'occasion de l'opposition, n'avoir ni pouvoir ni mission.

L'art. 1038 l'oblige, en effet, de continuer d'occuper sur l'exécution des jugements; d'où suit qu'il n'est sujet à désaveu qu'autant que ses pouvoirs ont, par rapport à cette exécution, eté révoqués d'une manière expresse. (Cass., 1er août 1810, Hautefeuille, p. 190, et nos *Questions* sur l'art. 1038.)

5° Enfin, un avoué est mal à propos désavoué, s'il n'a fait que reconnaître des faits constants, d'après les pièces, ou admis par un mandataire spécial. (Colmar, déjà cité à la note de la *Quest.* 1295.)

Le désistement d'un chef de conclusion peut être, sans pouvoir spécial, fait par l'avocat ou l'avoué en plaidant; et il n'y a pas lieu à désaveu, si la partie présente à l'audience ne s'y est point opposée. (Brux., 29 juin 1808; Sirey, t. 16, p. 9.)

[6° Une partie ne peut désavouer l'avoué institué dans un exploit qu'elle a fait dresser elle-même. (Rennes, 21 juillet 1816.)

7° On ne peut désavouer l'avoué d'appel qui s'est constitué après remise des pièces et a suivi les errements d'une première instance contre laquelle a échoué une action également en désaveu. (Douai, 26 fév. 1820.)

8° Celui qui donne sa procuration à un huissier, à l'effet de charger un avoué près la cour d'occuper pour lui, ne peut ensuite désavouer l'avoué, parce que celui-ci, au lieu de demander la nullité du jugement, pour raison d'incompétence, aurait pris des conclusions sur le fond : le pouvoir dont est investi un officier ministériel lui donne la faculté de conclure, dans l'intérêt de son client, comme il le juge convenable. (Orléans, 7 avril 1813.)

9° Le désaveu est inadmissible contre l'avoué qui ne dénie pas à l'audience un fait allégué par la partie adverse, surtout si son client était présent à l'audience, et s'il n'avait pas de pouvoir *ad hoc.* (Bourges, 10 août 1817.)

10° Un avoué n'est pas passible de désaveu pour des aveux faits par lui, et qui ne sont que la conséquence des pièces à lui remises. (Brux., 29 oct. 1818, J. de B., t. 2 de 1818, p. 300, et Nîmes, 18 juillet 1827, Sirey, t. 28, p. 317.— V. *infrà, Quest.* 1298, au n° 3°.)

11° On ne peut dire qu'un avoué a excédé ses pouvoirs ou offert un désistement nul comme non signé de la partie, lorsque, chargé de demander la résolution d'une vente pour défaut de payement du prix, il accepte l'offre faite par son adversaire de laisser prélever par sa partie la somme qu'elle réclame sur le prix à provenir de la vente des biens de l'acheteur, leur débiteur commun. (Lyon, 30 juin 1831.) Dans la cause, la cour a constaté en fait que, le payement du demandeur étant assuré, la demande en résolution n'avait plus de fondement.

12° L'avoué qui, au nom de la partie saisie immobilièrement, a demandé et obtenu différentes remises de l'adjudication, ne peut être désavoué, sous prétexte qu'il aurait agi sans mandat spécial, lorsque ces remises, loin d'être contraires au véritable intérêt de sa partie, lui étaient favorables. (Paris, 22 juin 1837.)]

1298. ***Quels sont les cas particuliers dans lesquels il a été décidé qu'il y avait lieu à désaveu contre un avoué?***

Nous trouvons, parmi les arrêts rendus en matière de désaveu, deux décisions d'où dérivent les propositions suivantes :

1° Un avoué de première instance ne peut, sans un mandat spécial, exécuter un jugement en premier ressort contenant des dispositions définitives, parce que ce jugement donne lieu à l'appel, et qu'il ne dépend point de l'avoué de priver son client de cette faculté; d'où suit que l'avoué peut être désavoué pour avoir

donné cet acquiescement, qui rentre évidemment dans la classe des actes mentionnés en l'art. 352. (*V*. Paris, 3 janv. 1810.)

[Favard, t. 2, p. 73, n° 4, en approuvant cette décision, ajoute néanmoins que, s'il était prouvé que la partie n'avait aucun moyen de faire réformer le jugement, le désaveu ne devrait pas être admis, parce qu'alors l'acquiescement de l'avoué ne lui aurait fait aucun préjudice. Nous ne pouvons adopter cette opinion qu'avec une restriction qui, sans en détruire le principe, en éloigne l'application. En effet, qui appréciera le défaut de moyens? Déjà un tribunal de première instance a décidé que ceux dont la demande primitive était appuyée étaient mauvais; cependant la loi permettait à la partie de les reproduire devant la cour d'appel; ils pouvaient paraître plausibles à ces nouveaux juges. Tout ce que le tribunal, devant lequel le désaveu sera porté, pourrait décider, c'est que les moyens lui *paraissent* mal fondés; mais il serait absurde qu'il décidât que la cour d'appel les aurait également trouvés mauvais, s'ils lui avaient été soumis; nous pensons donc que, dès l'instant qu'un avoué a exécuté un jugement soumis à l'appel, il a *acquiescé* pour sa partie (*voy*. Aix, 14 juin 1825 dans ce sens); que s'il l'a fait sans pouvoir, il doit être désavoué (art. 352), et que l'intérêt résultant de ce que le client a été privé du droit d'appeler qui lui était formellement attribué par la loi, est toujours suffisant pour intenter l'action en désaveu. L'officier ministériel sera condamné aux dépens de l'instance en désaveu, dans tous les cas, et à des dommages-intérêts, s'il y a lieu.]

2° Il y a lieu au désaveu d'un avoué, lorsqu'il déclare n'avoir point eu commission d'occuper, et qu'il n'a réellement point occupé pour la partie désavouante, bien qu'il soit mentionné sur le plumitif (feuille d'audience) qu'il a pris des conclusions, et que le greffier ait écrit sur le placet que le dispositif était passé d'accord avec lui. (*V*. Paris, 27 mars 1806; Dalloz, t. 9, p. 110.) (1).

[3° L'avoué qui a laissé faire à l'avocat un aveu contraire à la prétention qu'il était chargé de soutenir, peut être désavoué, quoiqu'il eût entre les mains des titres justificatifs des droits qu'il avait mission de contester, si ce n'est pas d'après ces titres, mais d'après l'aveu que le tribunal a prononcé, et si la partie, en remettant ces pièces à son avoué, ne lui avait pas donné le pouvoir de faire l'aveu du droit qui paraît en résulter. (Cass., 26 avril 1824; Sirey, t. 24, p. 340.)

Cette décision est en contradiction avec celles que nous avons rapportées *suprà*, *Question* 1297, 10°.

Nous croyons devoir donner la préférence à l'opinion des cours de Bruxelles et de Nîmes. L'avoué qu'une partie actionnée constitue est sans doute chargé de la défendre; mais où doit-il puiser ses moyens de défense? n'est-ce pas dans les pièces qu'on lui remet? et le mandat spécial dont il a besoin, d'après l'art. 352, pour faire un aveu, n'est-il pas virtuellement compris dans la livraison des pièces d'où la justice de cet aveu résulte? On dira vainement que ce n'est pas là l'usage que la partie voulait en faire. Nul n'est plus à même d'apprécier la valeur des titres que le conseil qu'elle s'est choisi; et c'est d'après ces titres qu'il doit agir. Si on lui avait donné mandat spécial de résister à une demande dont la légitimité est démontrée par ces titres, c'est une mission qu'il n'aurait pas dû accepter comme contraire à l'honneur et à la morale. A plus forte raison, si ce mandat inique ne lui a pas été donné, doit-il faire des éléments qu'il possède l'usage qui lui paraît convenable. L'arrêt de la cour de cassation nous paraît donc mal rendu. Au reste, Pigeau, t. 1, p. 306, n° 434, exprime positivement cette opinion.

4° L'avoué qui, après avoir proposé un déclinatoire, acquiesce au rejet de ce déclinatoire en demandant une remise de cause pour répondre aux moyens du fond, peut être désavoué. (Rennes, 21 mai 1814.)

Voyez, en outre, à la jurisprudence de l'article, divers cas où le désaveu a été jugé nécessaire pour faire tomber tel ou tel acte, toute autre voie n'étant pas suffisante pour obtenir ce résultat. Ceux qui viennent d'être énumérés indiquent le cas où l'avoué et la partie adverse ne peuvent se mettre à l'abri du désaveu derrière le mandat général du premier.]

[1298 bis. ***Pour détruire les faits énoncés dans l'exploit introductif d'instance, faut-il désavouer l'officier ministériel qui a fait cet acte?***

Lorsque l'huissier énonce dans un exploit des faits étrangers à ce qui s'est passé en sa présence, il ne peut leur donner le caractère d'authenticité, puisqu'ils ne sont pas de son ministère; cependant s'ils sont avancés par le

(1) [Cet arrêt a été en effet rapporté par divers arrêtistes de façon à faire croire qu'il contient la décision, assez singulière, que lui attribue ici Carré. Mais en réalité ce n'est pas une question de désaveu qu'il a jugée; il a simplement décidé que la déclaration de l'avoué qu'il n'avait ni comparu ni occupé sur l'obtention de l'ordonnance qu'on opposait au désavouant, jointe à la déclaration confirmative de l'avoué adverse et aux autres circonstances de la cause, suffisait pour établir ce fait, malgré la mention contraire du plumitif. Or, il nous semble que, sous ce rapport, on pourrait lui reprocher trop d'indulgence; car les énonciations de la feuille d'audience paraissent ne devoir céder à d'autre preuve contraire que celle que peut procurer la procédure des inscriptions de faux.]

mandataire du demandeur, leur allégation est censée l'ouvrage de ce dernier, et, pour en détruire l'effet, il doit nécessairement désavouer l'huissier qui les a exprimés. Telle est l'opinion de Berriat, *h. v.*, note 60, 2°.]

[**1298** ter. ***L'avoué révoqué mais non remplacé peut-il continuer d'occuper sans s'exposer au désaveu?***

Suivant les règles du mandat ordinaire, le mandataire ne peut plus agir pour le mandant, aussitôt que la révocation de ses pouvoirs lui est notifiée; il en doit être de même à l'égard de l'avoué révoqué, et si les procédures continuées contre celui-ci, dans le cas où il n'est pas remplacé, sont valables, cette exception au droit commun est motivée sur ce que la mauvaise foi se serait servie d'une révocation sans remplacement, pour retarder une décision qu'elle aurait lieu de craindre; on ne pourrait donc rien conclure de cette disposition de l'art. 75 du Code de procédure civile, pour prétendre que l'avoué révoqué, mais non remplacé, pourrait encore exercer; il exerce *passivement* et par la raison que nous venons de donner; mais il ne peut *agir*. C'est aussi l'opinion de Demiau, p. 72.]

1299. ***Faut-il, dans les cas où la loi exige que les avoués ou huissiers se munissent d'un pouvoir spécial, que ce pouvoir soit signifié à la partie contre laquelle ces officiers ministériels agissent?***

On ne saurait citer aucune disposition du Code qui exige que le pouvoir donné à l'huissier ou à l'avoué soit signifié à la partie contre laquelle ils agissent.

On ne pourrait donc fonder la nullité d'un emprisonnement ou d'une expropriation sur ce que l'huissier n'aurait pas signifié le pouvoir spécial qu'il doit avoir du requérant; on ne pourrait ainsi soutenir que des offres ne seraient pas valables, parce que l'avoué n'aurait pas signifié le pouvoir qu'il aurait de les faire.

Il suit de là que le défaut de pouvoir expose seulement l'huissier ou l'avoué au désaveu, que tout ce qu'ils font est présumé le fait de leur partie, tant qu'elle ne le désavoue pas, et si toutefois il ne s'agit pas de quelques cas particuliers dans lesquels le Code exige que l'officier ministériel apparaisse, muni d'un pouvoir spécial, dans les cas prévus par l'art. 352.

Néanmoins, d'après un arrêt de la cour de cass. du 6 janv. 1812 (Dalloz, t. 24, p. 167; Sirey, t. 12, p. 54), rapporté en nos questions sur l'art. 556, on est dans l'usage de signifier le pouvoir donné à l'huissier chargé de procéder à une saisie immobilière ou à un emprisonnement.

[Nous ne croyons pas qu'il puisse s'élever de difficulté sur ce point. La partie à laquelle le pouvoir n'aurait pas été notifié doit s'imputer de n'en avoir pas demandé la représentation. (*V.* la question suivante.)]

1300. ***Mais dans les cas où la loi ne prescrit pas que l'officier ministériel donne copie du pouvoir spécial dont elle exige qu'il soit muni, la partie adverse n'a-t-elle pas du moins le droit d'en demander la représentation, afin d'assurer la stabilité de la procédure?***

C'est notre opinion, fondée sur ce qu'aucune loi n'interdit à une partie le droit d'exiger d'un officier ministériel la représentation des pouvoirs spéciaux sans lesquels il ne pourrait agir.

Quel serait, en effet, le motif de contester à la partie le droit d'exiger cette représentation, afin de prévenir une action en désaveu de la part de son adversaire?

[Favard, t. 2, p. 73, n° 5, enseigne aussi que la partie adverse peut exiger, de la part de l'avoué ou de l'huissier qui fait un des actes mentionnés en l'art. 352, la représentation de son pouvoir. Nous croyons cette opinion fort juste. Comment en effet lui refuserait-on ce droit, lorsque c'est pour elle le seul moyen de se mettre à l'abri d'un désaveu qui viendrait annuler, même à son égard, tout ce qui aurait été fait ensuite de l'acte désavoué?

On sait que, pour les actes ordinaires d'instruction, l'avoué n'a pas besoin d'autre mandat que celui en vertu duquel il s'est constitué, et que dès lors tous ces actes sont valables vis-à-vis de la partie adverse, sans que la partie au nom de laquelle ils ont été faits puisse avoir d'autres moyens, pour réparer le tort qu'ils lui ont causé, que l'action en dommages contre l'officier ministériel.

Aussi, dans ces sortes de cas, la partie adverse n'a pas besoin de s'assurer du pouvoir spécial de l'avoué, puisque, lors même qu'il n'en aurait point, elle ne serait exposée à aucun désaveu. Mais dans les circonstances prévues par l'art. 352, la loi exigeant un mandat spécial, la partie qui reçoit l'acte a le plus grand intérêt à s'assurer de l'existence du mandat, les conséquences du désaveu devant l'atteindre comme elles atteignent l'auteur téméraire de l'acte.

L'intérêt étant la mesure du droit, nous pensons qu'on ne peut lui refuser la représentation des pouvoirs lorsqu'elle l'exige; et qu'en cas de non-représentation elle peut refuser les offres, aveux ou consentements.

Mais cette précaution n'étant utile que dans son intérêt, et n'ayant aucun rapport avec l'ordre public, il s'ensuit que les juges ne pourraient d'office exiger l'exhibition du mandat, de la part des avoués, qui, par exemple, déféreraient ou accepteraient le serment décisoire. (Brux., le 27 avril 1812; Dalloz, t. 9, p. 122.)]

1301. ***L'action en désaveu procède-t-elle pour toute autre cause que des offres, aveux ou consentements?***

Nous avons, pour ainsi dire, préjugé la solution négative de cette question, en traitant celle insérée sous le n° 382.

Mais nous devons dire que plusieurs auteurs sont d'un sentiment opposé; tels sont Demiau, p. 265, et Berriat, *h. v.*, note 6 (1).

Nous ne dissimulerons pas que cette opinion a ses partisans, et que l'on peut même tirer de quelques arrêts rapportés sur les précédentes questions certaines inductions en sa faveur; mais, quoi qu'il en soit, nous croyons que l'application de l'art. 352 doit être restreinte aux cas qu'il exprime, autrement, il aurait été rédigé en d'autres termes, c'est-à-dire que le législateur eût exprimé, d'une manière générale, que l'action en désaveu procéderait dans tous les cas où la loi exigeant un pouvoir spécial, l'officier ministériel aurait agi sans ce pouvoir.

Ainsi, tout acte de l'avoué qui n'aurait pas pour objet un aveu, un consentement ou des offres, ne nous paraît pas donner ouverture à l'action en désaveu, encore que la loi ait exigé pour cet acte un pouvoir spécial.

Mais on demandera comment la partie pourra obtenir la réparation du tort que lui causeraient les actes qu'elle n'aurait pas autorisé son avoué à faire.

Nous répondons qu'on aura contre l'avoué l'action *ex mandato* pour sortir indemne; action qui ne pourra préjudicier à la partie adverse, à la différence de celle que produit le désaveu : c'est que, dans le premier cas, où il ne s'agit pas d'offres, de consentements, d'aveux, la partie adverse n'est pas obligée de demander à l'avoué l'exhibition de ses pouvoirs, elle peut justement présumer qu'il en est muni; c'est que, dans l'autre cas, elle est avertie qu'il pourrait y avoir lieu à l'action en désaveu, et que, par conséquent, elle a à s'imputer la faute de ne l'avoir point prévenue en exigeant l'exhibition des pouvoirs (2).

[Des *Quest.* 382 et 614 *bis*, nous avons renvoyé au titre du *désaveu* l'examen de la nature et des effets d'une constitution d'avoué. C'est ici le lieu de tenir notre promesse.

Il résulte de tout le système du Code, sur la manière d'intenter et de soutenir les contestations, d'appeler et de comparaître devant les tribunaux, que la constitution d'avoué n'est autre chose, dans l'esprit du législateur, que la comparution à la barre de la partie elle-même. Elle remplace parfaitement cette comparution personnelle qui fut d'abord, devant tous les

---

(1) Les raisons que donne le premier sont les mêmes que celles rapportées sur la *Quest.* 382; le second s'exprime en termes généraux : « Un officier ministériel, dit-il, peut » être désavoué toutes les fois qu'il excède les limites de » ses fonctions sans un pouvoir spécial, *surtout* lors- » qu'il fait, donne ou reçoit, sans cette espèce de man- » dat, des offres, aveux ou consentements. Nous disons » *surtout,* ajoute l'auteur, note 6, parce que les of- » fres, aveux et consentements indiqués par la loi, » dans l'art. 352, ne sont pas tous les actes où l'offi- » cier ministériel peut excéder les limites de ses fonc- » tions, et qu'il en est même d'autres où elle exige » positivement un pouvoir spécial. »

(2) Au reste, cette question n'est point aussi importante dans la pratique qu'on pourrait le croire au premier aspect. En effet, il n'est peut-être pas un cas, hormis ceux de l'art. 352, où les dispositions de la loi, qui exigent un pouvoir spécial, rendent utile l'action en désaveu.

En effet, il faut distinguer, parmi ces cas, 1° ceux où il s'agit d'actes de procédure pour lesquels la loi exige qu'il soit donné à l'avoué un pouvoir spécial par la signature apposée à ces actes, soit par la partie, soit par son fondé de pouvoir; 2° ceux dans lesquels l'avoué a besoin d'un pouvoir constaté par un acte séparé.

Les premiers cas sont les plus nombreux; ce sont, par rapport aux avoués, ceux des art. 216, 218, 309, 353, 370, 384 et 511, C. proc.; et, par rapport aux huissiers, ceux des art. 66 et 2185, C. civ. Mais la partie au nom de laquelle sont faits les actes dont il s'agit en ces articles peut, ainsi que le remarque Pigeau, t. 1, p. 290, n° 418, en objecter la nullité, *sans être obligée de désavouer,* le défaut de la signature voulue par la loi les rendant radicalement nuls.

Les autres cas sont ceux des art. 556 et 709. Le premier ne concerne que les huissiers, qui ne peuvent, sans pouvoir spécial, mettre un jugement à exécution par voie de saisie immobilière ou d'emprisonnement. Il est évident qu'ici l'huissier n'est point sujet à désaveu; car cette action n'est accordée que dans l'intérêt de la partie au nom de laquelle cet officier ministériel aurait agi; car c'est à celui contre lequel il exécute ce jugement à lui demander la représentation du pouvoir spécial, afin d'arrêter, en cas qu'il n'existe point, la saisie ou l'emprisonnement, qui seront déclarés nuls à défaut de ce pouvoir. Cette nullité pourra sans doute donner lieu, de la part de cet individu, à une demande en dommages-intérêts contre la partie au nom de laquelle l'huissier aura mis le jugement à exécution. Mais pour y défendre, aurait-elle besoin de désavouer l'huissier? Nous ne le pensons pas; elle n'aurait qu'à l'appeler en garantie, conformément à l'art. 1031. (*V.* nos questions sur l'art. 556.)

Reste l'art. 709, qui exige que l'avoué dernier enchérisseur d'un immeuble vendu par expropriation forcée déclare l'adjudicataire, et fournisse son acceptation, sinon représente son pouvoir qui demeurera annexé à la minute de sa déclaration, faute de quoi il sera réputé adjudicataire en son nom. En ce cas encore point de nécessité de désavouer l'avoué, puisque sa partie n'a rien à craindre des suites de son enchère, la loi voulant qu'il représente son pouvoir.

Ce rapprochement des dispositions de la loi relatives au pouvoir spécial des officiers ministériels nous semble démontrer que le législateur a entendu limiter l'application de l'art. 352 aux seuls cas qu'il exprime, et que, dans tous les autres, un officier ministériel doit être présumé, relativement à la partie adverse de celle pour laquelle il agit, avoir pouvoir de la part de celle-ci, sauf contre lui l'action résultant de l'art. 1031, ou l'action *ex mandato,* afin de sortir indemne. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 114, n° 138.)

magistrats, qui est encore devant quelques-uns, la manière la plus simple et la plus naturelle de répondre à l'appel que contient l'ajournement.

On intente une action contre moi, on me déclare qu'on veut soutenir telle prétention; mais en même temps l'on m'assigne devant l'autorité qui doit entendre nos moyens respectifs et les juger. Si je comparais moi-même, comme je puis le faire devant un juge de paix, un tribunal de commerce, je deviendrai le directeur de ma défense; elle m'appartiendra; tout ce que j'aurai dit sera mon fait; je ne pourrai en décliner les conséquences; mon adversaire aura le droit incontestable de s'en prévaloir.

Mais parce que le législateur aura cru plus prudent, plus conforme aux intérêts de la justice, de me faire représenter devant les juges par un homme exercé à la direction des affaires, accoutumé à en faire marcher la procédure selon les règles et les formes tracées par la loi, a-t-il voulu par là que deux individus à la fois fussent chargés de suivre le procès, que l'un ne pût agir sans l'autre? Non; il a voulu mettre entièrement de côté le plaideur lui-même, et à sa place l'avoué; il a voulu que le représentant fût la personnification vivante du représenté, que la fiction ne fît point regretter la réalité.

Par conséquent, l'avoué pourra tout faire dans le procès, il aura les mêmes pouvoirs que la partie aurait eus; il sera, en deux mots, le véritable *dominus litis*, dont les relations avec l'adversaire auront les mêmes résultats, la même portée que les relations de la partie elle-même.

Cette vérité, reconnue par la cour de Besançon, le 8 prairial an x (*J. Av.*, t. 10, p. 336) serait absolue, et ne comporterait aucune restriction, si l'on s'en tenait aux seuls principes de droit naturel qui ont dicté les règles de l'ajournement, de la comparution et de la constitution d'avoué.

Mais, comme l'assimilation de deux positions ne peut jamais être parfaite, l'art. 352 est venu signaler quelques exceptions au pouvoir presque absolu de l'avoué. Il a désigné quelques actes que celui-ci ne peut faire sans un mandat exprès, indépendant du mandat général que lui donne sa constitution.

Nous voici donc amenés à résoudre la question posée par Carré. Il suffit de dire que la disposition qui nous occupe est exceptionnelle, pour indiquer qu'elle est limitative. Voilà ce que décident Carré et Favard, t. 2, p. 73, n° 5, en circonscrivant leur solution dans l'hypothèse où un mandat primitif pour suivre l'instance avait été donné à l'avoué. Avec cette restriction, nous n'y trouvons rien de répréhensible.

Mais, si ce mandat n'a pas eu lieu, si l'avoué s'est constitué sans en avoir reçu mission de la partie, il va sans dire qu'alors, quel que soit l'acte ou la procédure qui a eu lieu, celui au nom duquel on les a faits peut toujours les désavouer. Car le motif qui empêche le désaveu contre les actes ordinaires, c'est qu'ils sont censés compris dans le mandat général *ad lites*, donné au commencement de l'instance. Si ce mandat n'existe pas, il ne peut évidemment servir de base à aucune procédure. Dans ce dernier sens l'article 352 n'est donc pas limitatif.

Carré semble néanmoins repousser notre distinction, à la note de la *Quest.* 382, lorsque, répondant à Demiau, il dit que si, contre toute supposition, un avoué, porteur de pièces pour donner une consultation, oubliait ses devoirs au point d'intenter une action, la partie en prouvant le dol et la fraude, aurait son recours en dommages-intérêts. Mais s'il y a eu erreur et non pas fraude, comme dans l'affaire Marchais-Dussablon (*J. Av.*, t. 26, p. 110), qu'arrivera-t-il? Aussi notre opinion est-elle partagée par Dalloz, t. 9, p. 107, n° 3, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 630, Thomine, n° 403, et Boitard, t. 2, p. 23.

Sans doute, généralement parlant, la circonstance que les pièces du procès sont entre les mains de l'avoué, suffit pour faire croire au mandat qu'il a de le poursuivre (Grenoble, 9 déc. 1815, et Bordeaux, 31 mai 1839; Sirey, t. 39, p. 408. *Voy.* au surplus notre *Quest.* 382.)

Mais cette règle n'est pas sans exception. Il faut en effet qu'il les ait reçues de la partie elle-même et non d'une tierce personne, comme l'a jugé le 29 janv. 1822 la cour de Nîmes, qui a décidé en même temps que la présomption du mandat qui résulte de la remise des pièces peut se détruire par une preuve contraire. (*V.* Paris, 31 janv. 1815, Dalloz, t. 9, p. 120, et Lyon, 1er avril 1824, Sirey, t. 25, p. 107.)

Enfin la cour de Liége a jugé, le 14 août 1835 (J. de B., t. 2 de 1835, p. 522), qu'il y a lieu à désaveu contre l'avoué et l'huissier qui ont fait les actes d'une procédure d'appel sans mandat spécial de la partie prétendue appelante, mais d'après les instructions de l'avocat de première instance, auquel aucun pouvoir n'avait été donné à cet égard.

Toutes ces décisions confirment évidemment notre opinion, qui, au reste, est implicitement embrassée par Carré, sous la *Quest.* 1302.

Il est superflu, comme le fait observer Dalloz, t. 9, p. 109, n° 1, de dire que, pour que le désaveu soit admis, il ne suffit pas que l'acte reproché à l'avoué ait été signifié sans mandat; il faut encore prouver que cet acte a servi de base au jugement ou à l'arrêt attaqué par voie de désaveu, et qu'il soit justifié que sans cela il aurait été possible de juger autrement. La cour de Besançon s'est ainsi exprimée, le 31 juillet 1811 (Dalloz, t. 9, p. 114), et le 4 août 1808.]

[1301 bis. *L'avoué qui, par négligence ou par dol, a laissé prendre un jugement par défaut, doit-il être désavoué ou simplement appelé en garantie?*

L'avoué qui a laissé prendre un jugement par défaut n'a point agi, et il est dans la nature de l'action en désaveu qu'elle ait pour objet un acte, et pour but l'anéantissement de cet acte, comme fait sans pouvoir; dans ce cas, la loi n'accorde qu'une action en garantie contre l'avoué qui, par sa négligence, a causé le préjudice éprouvé par son mandant (1). Mais cette action ne doit point être confondue avec le désaveu : 1° Dans la forme : elle ne doit être dirigée que contre l'officier, à moins cependant que l'adversaire n'ait été complice de la négligence ou du dol, auquel cas on peut agir contre lui; 2° dans ses effets : le désaveu déclaré valable anéantit les actes qui en étaient l'objet; l'action en garantie produit des dommages-intérêts, mais laisse subsister le jugement par défaut, et tous autres actes faits au profit de l'adversaire; mais si ce dernier avait été complice, on pourrait employer contre le jugement, outre les voies ordinaires, celle de la requête civile pour dol personnel: cette doctrine est professée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 619, et par Dalloz, t. 9, p. 107, n° 3, *in fine*.

Ces dernières observations s'appliquent également au cas où l'action en garantie aurait pour objet un acte quelconque, susceptible d'être l'objet d'un désaveu; c'est ce qu'enseigne Carré, *infrà*, *Quest.* 1314.]

1302. *Si, de plusieurs parties, à requête desquelles un appel a été interjeté, l'une prétendait que cet appel ne l'a été réellement que par ses consorts, sans son consentement ni sa participation, pourrait-elle valablement former l'action en désaveu contre l'avoué constitué par cet acte d'appel?*

Il est de principe (voy. *suprà*, n°s 382 et 1301) que l'avoué saisi des pièces est suffisamment autorisé pour tous les actes autres que ceux à l'égard desquels la loi exige un pouvoir spécial. De là il résulte que c'est à la partie qui désavoue à démontrer d'une manière positive, que l'acte qui constitue cet avoué a été fait à son insu ou contre son consentement; mais la présomption doit être contre la partie qui désavoue : il serait d'ailleurs du plus grand danger d'admettre une semblable action sur de simples allégations.

On sent que, lors d'un appel relevé par plusieurs parties qui ont un intérêt commun, chacune d'elles n'écrit pas à l'avoué; il n'y a qu'un original d'exploit, et par conséquent il n'est envoyé que par une seule partie. Cependant s'il était permis, à une époque quelconque de la procédure, d'écrire qu'on n'entend pas être partie au procès, qu'on n'a même donné aucun pouvoir, la marche de l'instance serait le plus souvent arrêtée sous un vain prétexte, et la réputation d'un avoué compromise.

Ce n'est donc pas à l'officier ministériel à justifier le pouvoir écrit de la partie qui le désavoue; c'est à celle-ci, au contraire, à prouver que l'appel a été relevé à son insu par son consort (2).

[On voit que, sous ce numéro, Carré adopte implicitement l'avis émis par nous sur la *Quest.* 1301, que le désaveu peut avoir lieu pour toute sorte d'actes, lorsque l'avoué n'a pas reçu mandat d'occuper. Quant au point de savoir à qui incomberait la preuve, de la partie désavouante ou de l'officier désavoué, nous croyons que cela dépend exclusivement des circonstances, et qu'on ne peut donner de règle fixe à cet égard. C'est aussi l'avis de Dalloz, t. 9. p. 108, n° 6.]

1303. *Mais n'est-ce pas plutôt contre l'huissier rédacteur de l'acte d'appel, et non contre l'avoué, que la partie doit former d'abord son action en désaveu, lorsqu'elle prétend que l'appel a été interjeté à son insu?*

Pothier examine cette question dans son *Traité du mandat*, chap. 5, art. 1er, § 3, n° 128. « Lorsqu'un procureur, dit-il, qui s'est » constitué pour une partie qui a donné une » demande, se trouve porteur de l'exploit de » demande, *qui lui a été remis par l'huissier qui l'a fait*, le procureur est censé établir son droit par cet exploit dont il est porteur, à moins que la partie n'ait pareillement » désavoué l'huissier, et fait juger bon et valable son désaveu contre l'huissier. »

On a vu *suprà*, à la note du n° CCXCIV, p. 161, qu'il n'est pas douteux que l'action en désaveu procède valablement contre un huissier. Cela posé, comme il est également incontestable que la remise de l'original tient lieu de

(1) [Dans une consultation donnée en 1821, Carré avait adopté cette doctrine sans la développer.]

(2) On opposerait vainement un arrêt du 9 fév. 1743, rapporté au *Nouveau Denisart*, p. 296, puisque, dans son espèce, où un frère sans l'autorisation de ses frères et sœurs, avait interjeté appel, *tant pour lui que pour eux*, le désaveu du procureur fut déclaré *bon;* mais en même temps la partie qui l'avait institué fut condamnée à l'indemniser.

Les motifs de cet arrêt sont faciles à saisir : le désaveu fut déclaré bon, parce que le frère avait relevé appel tant en son nom qu'en celui de ses cohéritiers, et qu'il en convenait, prétendant seulement qu'il y avait été autorisé par eux : aussi la peine du désaveu ne retomba que sur lui. Ce furent donc des circonstances particulières qui déterminèrent la décision; circonstances qui ne se rencontrent pas dans l'espèce de la question que nous venons d'examiner.

pouvoir à l'avoué, on doit reconnaître que le désaveu de ce dernier, par la partie qui prétend que l'acte d'appel a été donné à son insu, ne peut valablement procéder qu'autant qu'il a été formé et jugé préalablement contre l'huissier auteur de l'exploit; et peu importe que l'avoué tienne l'original de cet huissier lui-même, comme l'a supposé Pothier, ou de tout autre, puisque le fait d'un appel interjeté à l'insu d'une partie employée aux qualités de l'exploit, ne peut être imputé qu'à l'huissier qui l'a signifié. Il y a plus, d'après Rodier, dont l'opinion, en ce point, est, à la vérité, contraire à plusieurs auteurs qu'il cite, il faudrait, en ce cas, s'inscrire en faux contre l'exploit; mais nous pensons que le désaveu suffit. (*V.* Rodier sur l'art. 16 du tit. II de l'ord.) C'est aussi ce que la cour de Rennes a jugé par arrêt du 14 déc. 1810.

[Cette opinion nous paraît bien fondée; elle est encore consacrée par un second arrêt de la cour de Rennes du 9 mars 1818 (Dalloz, t. 9, p. 131.)]

1304. ***Faut-il nécessairement former l'action en désaveu pour contester les déclarations faites par un avoué dans les qualités d'un jugement?***

Nous avons dit, t. 1er, *Quest.* 601, que le défaut d'opposition aux qualités rendait une partie non recevable à contester ce qui y est énoncé; d'où suit nécessairement que toute déclaration de l'avoué contenue aux qualités, et qui peut porter préjudice à la partie, a son effet, mais seulement jusqu'à l'action en désaveu, formée en conformité de l'art. 352.

[Nous partageons cet avis.]

1305. ***La partie au nom de laquelle a été fait un acte sans pouvoir est-elle la seule qui puisse le désavouer, dans les cas où l'action en désaveu procéderait, conformément à la solution donnée sur la Quest. 1301?***

Oui, sans doute : la partie adverse ne peut désavouer l'acte, parce que la foi est due à l'officier ministériel qui l'a rédigé; tant que la partie elle-même au nom de laquelle il a été fait ne conteste pas, cet officier est présumé avoir agi en vertu de pouvoirs. [(Grenoble, 9 décembre 1815.)]

Mais il est à remarquer, relativement aux actes qui pourraient être déclarés nuls par défaut d'une signature que la loi exige, soit de la partie, soit de son fondé de pouvoir, que la nullité de ces actes peut être opposée par la partie adverse. (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 290, n° 418.)

[Ces observations sont justes.]

ART. 353. Le désaveu sera fait au greffe du tribunal qui devra en connaître, par un acte signé de la partie, ou du porteur de sa procuration spéciale et authentique : l'acte contiendra les moyens, conclusions, et constitution d'avoué.

Tarif, 92. — [Tar. rais., nos 265 et 266.] — [Locré, t. 9, p. 239] (1). — (*Voy.* FORMULE 308.)

CCXCV. On voit, par cet article, que l'action en désaveu ne commence ni par un essai de conciliation, ni par un exploit ordinaire d'ajournement; celui qui veut la former comparaît en personne ou par un fondé de pouvoir spécial, au greffe du tribunal. Le greffier dresse l'acte prescrit par l'art. 353, et pour en faire juger la validité, le désavouant se conforme aux dispositions de l'art. 354.

1306. ***Si la partie ou son fondé de pouvoir ne savait pas signer, le greffier suppléerait-il à ce défaut en mentionnant la cause de l'impossibilité?***

Lepage, *Quest.*, p. 233 et 234, résout affirmativement cette question. « Le greffier, dit-il, mentionne la cause de l'impossibilité de signer; ce sera à l'officier désavoué à prouver que l'impuissance est une feinte, ou que la personne qui s'est présentée au greffe n'est pas celle au nom de qui se forme le désaveu. »

Nous ne partageons pas cette opinion, sur la suffisance de la déclaration du greffier, relativement à l'impossibilité où serait le désavouant ou son fondé de procuration de ne savoir signer. L'art. 320 est précis : il faut que le désaveu soit fait par acte signé du désavouant ou du porteur de sa procuration spéciale et authentique; il nous paraît donc indispensable que le désavouant signe, ou s'il ne sait pas signer, ou s'il ne peut se transporter au greffe, qu'il donne un pouvoir spécial et authentique à quelqu'un qui sache signer de se transporter et de signer pour lui. C'est, au reste, ce

(1) JURISPRUDENCE.

[1° Le désaveu, formé sous le Code de procédure, d'actes de procédure rédigés en 1793 doit être jugé conformément aux principes de l'ancienne législation. (Paris, 9 mai 1812.)

2° L'action en désaveu formée incidemment à une demande principale était, sous l'empire de la loi du 24 août 1790, dispensée du préliminaire de la conciliation. (Cass., 24 therm. an VIII; Sirey, t. 1, p. 334.) Aujourd'hui toutes les demandes en désaveu en sont dispensées par l'art. 49, 7°, C. proc.

3° Devant la cour de cassation, la requête en désaveu est nulle si la quittance de la consignation de la somme de cent cinquante francs n'y est pas jointe. Cette nullité n'est pas couverte par une consignation postérieure. (Brux., cass., 27 déc. 1835, J. de Br., t. 1 de 1836, p. 98; art. 1 et 2, 2e part. du règlement de 1738, sur la procédure en cassation.)]

que nous avons dit sur plusieurs questions.

Des jurisconsultes estiment néanmoins que l'on aurait satisfait à la loi, si, le porteur de la procuration ne sachant pas signer, le greffier en faisait mention; alors, disent-ils, la procuration annexée à l'acte de désaveu ne laisserait aucune incertitude sur la volonté et l'identité du désavouant, et son mandataire ne remplirait plus qu'une pure formalité.

Cette opinion peut être suivie, mais la nôtre nous semble préférable; elle écarte toute difficulté. Au reste, si l'on admettait celle des jurisconsultes qui la modifient, il faut convenir au moins que rien ne paraît dispenser le désavouant de signer en présence du greffier, ou de donner la procuration que veut la loi. Une procédure en désaveu est trop importante, à raison de ses résultats, pour se relâcher d'une garantie prescrite par le législateur. (*Voy.* articles 355, 356 et 358.)

[Aux raisons présentées par Carré, pour démontrer que la signature ou de la partie ou de son mandataire est indispensable, on peut ajouter que le greffier n'a point reçu de la loi le pouvoir de constater que la personne qui se présente pour désavouer ne sait point signer, comme il l'a reçu, dans le cas des articles 174 et 175, C. proc. La différence vient de ce qu'il y a bien plus d'importance en matière de désaveu à reconnaître l'identité de la personne qui se présente.

A ceux qui se plaignent, comme Lepage, de l'incapacité dont on semble ainsi frapper les personnes illettrées, en les forçant à se servir de l'intermédiaire d'un tiers, il est facile de répondre que cette incapacité ne vient pas de la loi mais de la personne elle-même, qu'elle est, au surplus, la même que celle où se trouve cette personne de passer en général un acte sous seing privé quelconque, et qui l'oblige à se servir également d'un tiers pour constater toute espèce de conventions.

Du rapprochement des art. 45, 218, 274 et 275, C. proc., on peut déduire un nouveau motif de décider. Le législateur a pris la précaution d'exiger *en cas de récusation, d'inscription de faux, de désaveu,* un acte signé de la partie, ou de son fondé de pouvoirs, tandis qu'en matière d'enquête, si le témoin ne sait pas signer, il ne prescrit qu'une mention de cette impossibilité.

C'est l'avis unanime de Pigeau, *Pr. civ.*, t. 1, à l'art. 3 du chap. *Désaveu*, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 621, Favard, t. 2, p. 73, n° 1, et Dalloz, t. 9, p. 132, n° 1. Ce dernier auteur est néanmoins un de ceux qui pensent que l'attestation du greffier suffirait pour constater l'impossibilité de signer du fondé de pouvoirs; parce qu'alors la procuration annexée à l'acte de désaveu viendrait corroborer l'attestation du greffier. Cette opinion, que Dalloz n'émet qu'avec réserve, ne nous semble pas exacte d'après les motifs ci-dessus. Néanmoins nous devons rappeler que la difficulté est sérieuse, ainsi que nous l'avons énoncé en notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 354, n° 4.]

[1306 bis. *Que faut-il pour qu'un mandat soit suffisant à l'effet de former un désaveu?*

Un mandat général pour gérer toutes les affaires du mandant ne peut certainement suffire pour formuler valablement un désaveu. C'est ce qu'a décidé la cour de cass., le 1er fév. 1820 (Sirey, t. 20, p. 346), en faisant l'application du texte formel de l'art. 353.

Mais pourrait-on considérer comme spécial celui qui contiendrait pouvoir d'intenter ou de repousser une action? Oui, parce qu'alors la procédure étant dirigée au nom du mandataire, c'est en quelque sorte lui-même qui se trouve partie au procès. Il représente du moins le véritable intéressé pour tous les actes et tous les incidents auxquels l'instance peut donner lieu. C'est l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 621, et Dalloz, t. 9, p. 132, n° 2. Il est prudent néanmoins d'énoncer dans la procuration les principaux événements qui peuvent se présenter dans le cours du procès, en donnant au mandataire pouvoir spécial d'y aviser.

Pigeau ajoute, avec raison, qu'un pouvoir général de faire tout désaveu remplirait le but de la loi. Et c'est la clause que nous conseillons d'insérer dans la procuration à l'effet de poursuivre une instance.]

[1306 ter. *L'omission de quelqu'une des formalités prescrites par l'art.* 353 *pour l'acte de désaveu en entraînerait-elle la nullité?*

Cette nullité, ni aucune espèce de déchéance n'étant prononcée par la loi, il faut décider, avec Thomine, n° 404, que les irrégularités ne seraient point irritantes, à moins qu'elles ne portassent sur une formalité essentielle, comme la signature, et que, dans tous les cas, elles pourraient être réparées jusqu'au jugement.

Ainsi l'on serait admis, d'après cette opinion, à suppléer soit la constitution d'avoué, soit l'énoncé des moyens et conclusions que l'acte au greffe ne contiendrait pas.]

ART. 354. Si le désaveu est formé dans le cours d'une instance encore pendante, il sera signifié, sans autre demande, par acte d'avoué, tant à l'avoué contre lequel le désaveu est dirigé, qu'aux autres avoués de la cause, et ladite signification vaudra sommation de défendre au désaveu.

Tarif, 29, 70, 75, 76. — [Tar. rais., n° 267.]—[Devilleneuve, v° *Désaveu*, n° 18. — Locré, t. 9, p. 239.] — (*Voy.* FORMULES 309, 313 et 314.)

CCXCVI. Pour savoir quel tribunal doit con-

naître de l'action en validité du désaveu, il faut, aux termes des articles 354, 356 et 358, distinguer si l'acte désavoué est *extrajudiciaire* ou *judiciaire*.

S'il est *extrajudiciaire*, par exemple s'il s'agit d'actes d'exécution qu'un huissier sans pouvoir s'est permis de faire (*voy.* nos questions sur l'art. 358), il faut encore examiner si ces actes d'exécution ont ou n'ont pas donné lieu à une instance : dans ce cas, l'action doit être portée incidemment devant le tribunal déjà saisi de cette instance. Mais si aucune instance n'a été engagée, il s'agit de former une action principale, qui ne peut être portée que devant le tribunal du domicile du défendeur, c'est-à-dire de l'officier désavoué (art. 358) (1).

Si l'acte ou les actes désavoués sont *judiciaires*, c'est-à-dire s'il s'agit d'une procédure instruite en justice, le tribunal devant lequel a été faite cette procédure est, dans tous les cas, le seul compétent pour connaître du désaveu, soit que l'instance existe encore devant lui, soit qu'elle ait été portée devant un autre, ou même qu'elle se trouve éteinte. (*V.* article 356.)

On voit que la demande en désaveu d'un acte judiciaire, comme celle d'un acte extrajudiciaire, est formée tantôt par action principale, et tantôt par action incidente.

Quand elle est formée par action principale, au sujet d'un acte sur lequel il n'y a point d'instance, le demandeur, qui a levé au greffe une expédition du désaveu, en fait signifier copie, tant à l'officier désavoué qu'aux parties intéressées, avec assignation de comparaître dans les délais ordinaires de l'ajournement. (*Voy.* Berriat, *h. v.*, n° 15.) Il est inutile que cette assignation renferme les moyens et les conclusions, puisqu'on les trouve dans la copie du désaveu. (*V.* art. 353.)

Quand elle est incidemment formée dans le cours d'une instance encore pendante, la demande ne consiste que dans la simple copie du désaveu, signifiée par acte d'huissier, tant à celui contre lequel est dirigé le désaveu, qu'aux autres avoués de la cause pour leur partie ; cette seule signification vaut sommation de répondre au désaveu.

[L'officier ministériel désavoué ayant un intérêt d'honneur et d'argent dans la contestation, il est naturel qu'il y soit considéré comme partie principale, et appelé, soit par exploit, soit par acte simple, suivant les circonstances. Aussi, déjà sous l'ancienne législation, la cour de Brux. avait décidé, le 4 therm., an XIII (Dalloz, t. 9, p. 110), que dans une instance en requête civile, le désaveu dirigé contre l'avoué n'est pas régulier s'il ne lui a pas été signifié. Et, le 21 nov. 1817 (Dalloz, t. 9, p. 137), la cour d'Agen a jugé, par application du même principe, que la réformation d'un jugement sur désaveu ne peut être demandée contre les parties avec lesquelles il a été rendu, qu'autant que l'appel en a été aussi dirigé contre l'officier ministériel.]

1307. ***Est-il un délai passé lequel on ne puisse former l'action en désaveu?***

Cette action peut être formée aussi longtemps que la partie, au nom de laquelle l'acte à désavouer aurait été fait sans pouvoir, ne l'aurait pas approuvé, soit expressément, soit tacitement.

La même décision a été rendue sous l'empire de l'ordonnance, par arrêt de la cour de cass. du 18 août 1807. (*Voy.* Sirey, t. 7, p. 481.)

[Le même principe a été consacré par la cour de Paris, le 9 mai 1812. Ainsi les lois antérieures au Code de procédure ne prescrivaient aucun délai. Lors de la rédaction de ce Code, la cour de Grenoble demanda que le désaveu ne fût pas recevable un mois après l'arrêt de la cour d'appel. Ces observations ne furent adoptées qu'en partie. Un délai fut fixé au désaveu dirigé contre un jugement exécuté (art. 362). Il en résulte que, dans tous les autres cas, le délai est illimité. C'est l'avis de Pigeau, *Proc. civ.*, t. 1, à l'art. 2 du chap. *Désaveu*, Berriat, *h. v.*, n° 16, Demiau, p. 264, et Hautefeuille, p. 193.]

[**1307** bis. ***Après le jugement, comment doit être poursuivi le désaveu, s'il est formé dans l'année de ce jugement?***

Dans ce cas, le désaveu est poursuivi par action principale, on signifie la demande par exploit à domicile. C'est ce qu'enseignent Favard, v° *Désaveu*, t. 2, p. 75, et Lepage, p. 232 ; et, en effet, l'instance n'existant plus, les parties ne sont plus en présence, l'acte d'avoué ne serait plus praticable. Cependant, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 633, établit une distinction, et il pense que, dans le cas où l'avoué exerce encore ses fonctions, il doit occuper sur le désaveu, qu'il regarde comme l'exécution du jugement, et il se fonde sur l'art. 1038, C. proc. Nous pensons que c'est une grave erreur, parce qu'il est impossible de considérer comme l'exécution d'un jugement la demande en nullité de ce même jugement; la prise à partie, la requête civile devraient alors être considérées comme des exécutions, ce qui ne nous paraît pas admissible.

Notre opinion est partagée par Dalloz, t. 9, p. 133, n° 5.]

---

(1) Sur la question de savoir si l'action en désaveu cesse d'être recevable à l'expiration d'un certain délai, *voy.* ci-après *Quest.* 1307.

1308. *La défense en désaveu peut-elle être fournie par requête?*

Oui, d'après l'art. 75 du Tarif (1).

[C'est aussi notre opinion, exprimée en notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 359, n° 21.]

Art. 355. Si l'avoué n'exerce plus ses fonctions, le désaveu sera signifié par exploit à son domicile; s'il est mort, le désaveu sera signifié à ses héritiers, avec assignation au tribunal où l'instance est pendante, et notifié aux parties de l'instance, par acte d'avoué à avoué.

Tarif, 29, 70. — [Tar. rais., nos 268, 269, 270, 271 et 272.] — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. III, art. 147, § 4.]—(*Voy.* Formules 310, 311 et 312.)

CCXCVII. Si celui contre lequel est incidemment dirigé le désaveu, est un avoué qui n'exerce plus ses fonctions, ou un huissier, le désaveu ne pouvant être signifié par un simple acte d'avoué à avoué, puisque l'officier ne figure en aucune qualité dans l'instance, il doit recevoir la signification par un exploit à personne ou à domicile; s'il est mort, c'est à ses héritiers qu'on fait cette signification, qui, dès lors, est suivie d'assignation au tribunal où l'instance est pendante. Quant aux autres parties qui figurent dans l'instance, la simple signification du désaveu ne leur en est pas moins faite par acte d'avoué à avoué, comme à l'ordinaire] (2).

[Si le désaveu est dirigé contre un agréé, la même marche doit être suivie.]

1309. *L'action en désaveu peut-elle être exercée, tant en cas de mort naturelle qu'en cas de mort civile?*

Oui : le législateur disant, en l'art. 355, qu'on ne peut se pourvoir en désaveu contre un avoué qui serait *mort*, se sert de cette expression pour faire entendre qu'on peut exercer cette action dans l'un et l'autre des cas ci-dessus exprimés.

[Favard, t. 2, p. 75, n° 2, émet la même opinion, contre laquelle nous ne voyons pas d'objection.]

[**1309 bis.** *Si le désavoué est mort, le désaveu doit-il être signifié à ses héritiers collectivement ou individuellement?*

Boitard, t. 2, p. 26, enseigne que, le désavouant n'étant pas censé connaître les héritiers du défunt, une assignation collective devra suffire pour mettre ses héritiers en cause, comme le § 3 de l'art. 447 l'autorise pour l'exploit d'appel notifié aux héritiers d'un intimé qui est décédé depuis le jugement.

Nous croyons, au contraire, avec Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 624, que l'exception de l'article 447 est trop exorbitante du droit commun pour pouvoir être étendue au delà du cas pour lequel elle a été faite, et qu'une disposition expresse serait nécessaire pour la rendre applicable au cas du désaveu.

Peut-on dire avec quelque fondement que le désavouant est censé ne pas connaître les héritiers du désavoué, lorsqu'un créancier quelconque ne serait pas admis à se prévaloir du bénéfice d'une pareille présomption?

C'est aussi l'avis de Dalloz, t. 9, p. 153, n° 3.]

[**1309 ter.** *Lorsque le désaveu s'adresse à l'avoué lui-même qui a cessé ses fonctions, est-il nécessaire de lui notifier en même temps une assignation?*

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 624, pense que ces mots de l'art. 355, *avec assignation*, ne s'appliquent qu'au cas où le désaveu est notifié aux héritiers, parce que ceux-ci sont des particuliers qui peuvent ignorer l'obligation où les met l'acte de désaveu de comparaître pour y défendre dans tel délai, devant tel tribunal, etc.; mais que, l'avoué lui-même n'ayant pu perdre les connaissances de son état en l'abandonnant, on n'a pas besoin de l'appeler par une assignation; il est censé savoir ce qu'il a à faire du moment qu'il connaît le désaveu.

Nous croyons cette opinion très-hasardée. Quoique ancien avoué, celui contre lequel est dirigé le désaveu n'en est pas moins un simple particulier, désormais étranger à la cause dans laquelle il a jadis occupé, et qui, par conséquent, ne peut y être appelé que par les voies légales ordinaires. Une assignation à personne ou domicile nous semble donc la seule marche régulière, tant vis-à-vis du désavoué que vis-à-vis de ses héritiers. Et, si la rédaction de l'article 355 laisse penser d'abord le contraire, c'est uniquement par l'effet d'un vice de rédaction, que l'interprétation de la doctrine et de la jurisprudence doivent corriger. Dalloz, t. 9, p. 153, n° 3, partage notre sentiment sur ce point.]

Art. 356. Le désaveu sera toujours porté au tribunal devant lequel la procédure dés-

---

(1) *V.* la note suivante.

(2) Remarquons que l'officier désavoué, ou, s'il est décédé, son héritier, doit proposer contre le désaveu ses moyens de défense, par une requête signifiée dans la quinzaine.

Cette quinzaine court à partir de la signification du désaveu, lorsqu'il a été fait par acte d'avoué à avoué, et lorsqu'elle a eu lieu par exploit à personne ou domicile, à partir de la constitution d'avoué faite par l'officier désavoué, dans les délais d'ajournement.

Le demandeur en désaveu peut, dans la huitaine, répondre aussi par une requête aux défenses qu'a fait signifier le désavoué.

Les autres parties peuvent également faire signifier leurs moyens de défense, lorsqu'elles en ont à proposer contre le désaveu, ce qui arrive souvent.

avouée aura été instruite, encore que l'instance dans le cours de laquelle il est formé soit pendante dans un autre tribunal; le désaveu sera dénoncé aux parties de l'instance principale, qui seront appelées dans celle de désaveu (1).

[Tar. rais., n° 273.] — C. proc., art. 49, 358. — [Devilleneuve, v° *Désaveu*, n°° 11 et 17. — Carré, *Compétence*, 2° part., liv. II, tit. I, art. 225, *Q.* 192 et 314.] — (*Voy.* FORMULE 316.)

1310. *Où se portera l'action en désaveu formée sous l'appel, relativement à un acte fait en première instance?* [*Quelles sont les règles générales de compétence, en cette matière?*]

Il résulte évidemment de l'art. 356 que, si le désaveu a lieu sous l'appel, pour les procédures faites au tribunal de première instance, ce sera devant ce dernier tribunal que l'action sera portée, sauf dénonciation de l'acte de désaveu aux parties de la cause principale à personne ou à domicile réel. (Voy. *Questions* de Lepage, p. 232 et 233, Demiau, p. 267, Pigeau, t. 1, p. 292, n° 422, et Brux., 24 mars 1810; Dalloz, t. 9, p. 158; Sirey, t. 14, p. 345.)

[La compétence en matière de désaveu est réglée par les art. 354, 356 et 358, C. proc., dont la rédaction est loin d'être claire, et mérite quelques développements.

Ces articles supposent deux hypothèses: 1° celle où il existe une instance pendante (articles 354, 356); 2° celle où il n'y a point d'instance (art. 358).

Dans la première, le désaveu doit être formé par acte d'avoué à avoué, selon l'art. 354; or, il serait inouï qu'un acte d'avoué à avoué transportât devant un tribunal autre que celui où la cause est pendante, une demande nouvelle, les parties qui figurent dans l'instance principale et les avoués qui y exercent; il résulte donc implicitement, mais nécessairement, des termes de l'art. 354, que le désaveu sera jugé par le tribunal saisi de l'instance pendante.

Mais le contraire est expressément écrit dans l'art. 356; on y lit: « Encore que l'instance soit pendante en un autre tribunal (c'est notre hypothèse), *le désaveu sera toujours porté au tribunal devant lequel la procédure désavouée aura été instruite.* Ainsi, à moins de croire à la plus inadmissible contradiction entre ces deux articles, il faut supposer, dans l'esprit du législateur, une distinction qu'il n'a point textuellement écrite: mais en quoi consiste-t-elle?

Il suit des formes prescrites par l'art. 354, qu'il s'agit, dans cet article, du désaveu formé contre un officier partie dans l'instance, puisqu'on voit que le désaveu lui est signifié d'avoué à avoué, forme de procéder qui n'est usitée ni même praticable qu'entre avoués constitués dans une même instance; l'art. 354 règle donc le désaveu relatif à un acte qui appartient à l'instance principale. D'un autre côté, aux termes de l'art. 356, le désaveu sera dénoncé aux parties de l'instance pendante, *qui seront appelées dans celle de désaveu;* donc les parties qui figureront dans l'instance en désaveu peuvent n'être pas les mêmes que celles qui figurent dans l'instance pendante; l'acte, objet du désaveu, n'appartient donc pas nécessairement à cette instance; car, s'il lui appartenait *toujours*, les parties qu'il intéresse figureraient *toujours* dans cette instance: elles n'y seraient pas *appelées*, elles y seraient de droit, et parties principales.

Ainsi l'art. 354 régit un cas où l'acte désavoué est supposé appartenir à l'instance pendante; l'article 356 en régit un autre, où cet acte est supposé étranger à l'instance pendante. On conçoit que la procédure devait être différente dans l'un et l'autre cas; voilà donc une distinction nécessitée par la nature des choses, résultant implicitement des dispositions des art. 354 et 356, que les auteurs enseignent, et qu'il faut admettre, encore qu'elle ne soit point expresse.

Il suit de cette distinction, que l'acte dont il s'agit dans l'art. 356, est un acte sur lequel *il n'existe pas d'instance;* car s'il y avait instance encore pendante, ce serait l'art. 354 qui serait seul applicable. « Ainsi, c'est dans le cas où *il n'existe pas d'instance* sur l'acte désavoué, que le désaveu sera toujours porté au tribunal devant lequel la procédure désavouée aura été instruite. » (Art. 356.) Cependant le contraire est expressément écrit dans l'art. 358, ainsi conçu: « Lorsque le désaveu concernera un acte sur *lequel il n'y a point d'instance,* la demande sera portée au tribunal du défendeur. » Le tribunal où *la procédure désavouée aura été instruite, et celui du défendeur,* peuvent être différents: s'ils étaient toujours les mêmes, l'article 358 ne serait qu'une répétition fort inutile de l'art. 356; mais s'ils sont différents, les deux articles sont en contradiction, car l'un (358) renvoie devant le premier tribunal le désaveu d'un acte *sur lequel il n'y a point d'instance,* désaveu que l'autre (356) attribue au second. Cette nouvelle contradiction exige donc une nouvelle distinction.

Qu'est-ce qu'un acte sur lequel il n'y a point d'instance? C'est un acte sur lequel il y a eu une instance terminée, ou sur lequel il n'y a encore eu aucune instance. Mais dans quel sens l'art. 358 l'a-t-il entendu? Dans le second; en effet, 1° admettre la première interprétation, c'est faire dire au législateur autre chose qu'il n'a dit précisément, car l'art. 358 ne parle pas d'un acte sur lequel *il n'y a plus* d'instance;

(1) Le commentaire de cet article se trouve compris dans celui de l'art. 354.

c'est faire naître entre les art. 358 et 356 une contradiction qu'on ne doit pas aisément supposer dans la loi; toute autre interprétation est préférable. 2° La seconde interprétation fait disparaître cette contradiction : l'art. 356 parle d'une *procédure*, l'art. 358 parle d'un *acte;* cette différence dans l'expression en suppose une dans la pensée; la *procédure instruite* suppose une *instance,* l'article entier la suppose *terminée,* comme nous l'avons dit tout à l'heure; ainsi l'art. 356 parle d'une procédure sur laquelle il n'y a plus d'instance; l'article 358 ne dit pas une *procédure,* mais un *acte* sur lequel *il n'y a point* d'instance; il s'agit donc dans le premier d'un acte précédé ou suivi d'une procédure qu'on attaque; dans le second, il s'agit d'un acte *isolé,* extrajudiciaire; il n'existe donc plus aucune contradiction, si cette distinction est admise; or, les termes de la loi la rendent présumable; la contradiction qui existe sans elle, la rend nécessaire : Pigeau, l'un des rédacteurs du Code, l'enseigne; enfin, la raison la conseillait au législateur. En effet, le tribunal devant lequel il a été fait une procédure peut, mieux que tout autre, apprécier les actes qui la constituent, de là l'art. 356; mais un acte extrajudiciaire peut être également jugé par un tribunal quelconque; l'art. 356 dérogeait au principe général, qui saisit de toute action le tribunal du défendeur, cette dérogation était utile, mais elle cessait de l'être dans le second cas, et l'article 358 revient au principe général.

Nous avons cru devoir entrer dans ces développements, parce que les auteurs ne nous paraissent pas s'être expliqués d'une manière satisfaisante sur la compétence du désaveu. Il est vrai que Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 608, établit la dernière doctrine, mais sans en donner aucun motif. Il résulte de cette dernière interprétation que toute distinction entre le désaveu *principal* et *incident* est indifférente, quant à la compétence; car, s'il s'agit d'un acte suivi d'une instance terminée, l'art. 358 seul est applicable, c'est-à-dire que le désaveu *incident,* s'il est formé dans le cours d'une autre instance, ou *principal,* s'il est formé indépendamment de toute autre instance, doit toujours être jugé par le tribunal *devant lequel la procédure a été instruite,* et que dès lors l'article 356 établit un principe général et non une règle spéciale au cas où le désaveu serait formé dans le cours d'une instance pendante, ainsi qu'on serait tenté de le croire d'après le contexte assez obscur de cet article. Il faut aussi décider que le désaveu formé contre un acte *isolé,* c'est-à-dire, *sur lequel il n'y a point eu d'instance,* doit être soumis au tribunal du défendeur, encore qu'il soit formé pendant le cours d'une instance pendante en un autre tribunal; c'est ce qui résulte de ce que l'article 356 n'est point applicable à un tel désaveu.

C'est par application de cette doctrine qu'un arrêt de la cour de Douai du 26 fév. 1820 (Dalloz, t. 9, p. 139), a renvoyé devant la cour d'appel un désaveu principal formé contre un huissier, à raison d'un exploit d'appel, c'est-à-dire d'un acte suivi d'une instance, quoique l'huissier fût immatriculé et par conséquent domicilié près le tribunal de première instance; et déclaré en même temps que l'action en désaveu formée simultanément contre un avoué de première instance et contre un avoué d'appel doit se diviser, de sorte que le désaveu du premier soit porté devant le tribunal de première instance, et celui du second, directement devant la cour; et que l'arrêt de Brux. du 24 mars 1810 (cité par Carré) (Dalloz, t. 9, p. 138; Sirey, t. 14, p. 343), a renvoyé devant le tribunal de première instance un désaveu incident formé contre la signification d'un jugement, acte faisant également partie d'une instance.

Cependant Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 622, enseigne une doctrine qu'il nous paraît difficile de concilier tant avec nos principes, qu'avec ceux de l'auteur lui-même. Il se fait la question suivante : « On m'assigne comme héritier, je soutiens ne l'être pas; on m'oppose un exploit en mon nom, où l'huissier me donne le titre d'héritier; je veux le désavouer : à quel tribunal le désaveu sera-t-il porté? » Et il la résout en disant que : « le désaveu sera porté au tribunal de la demande pendante, par la raison que le désaveu, dans ce cas, est une demande tendante dans ses effets, s'il est déclaré valable, à ce que le désavoué soit condamné à *garantir* le désavouant de toutes les suites qui peuvent résulter contre lui, dans l'instance, de la conduite de l'huissier; et, en suivant l'article 181, l'assigné en *garantie* doit procéder devant le tribunal où la demande originaire est pendante. » Nous ne pouvons adopter cette opinion, qui ne tendrait à rien moins qu'à anéantir l'art. 356, puisque l'action en désaveu ayant toujours pour *suite* une demande en *garantie,* ou, pour parler plus correctement, en indemnité contre l'officier désavoué, le désaveu *incident* serait toujours porté devant le tribunal saisi de la cause principale, ce qui est manifestement contraire au texte de l'article 356. Mais l'erreur du savant commentateur consiste en ce que l'action en désaveu n'est point une action en *garantie* contre l'officier, mais bien une action en *nullité* dirigée contre l'acte désavoué; et cela est tellement vrai que le désaveu peut réussir, et l'acte être annulé, sans qu'il y ait lieu à prononcer garantie ni indemnité, par exemple si l'acte est l'ouvrage d'une erreur non imputable à l'officier duquel il est émané. Nous pensons que, dans l'hypothèse posée par Pigeau, il faut suivre les règles tracées ci-dessus, c'est-à-dire renvoyer devant le tribunal de l'huissier, ou devant le tribunal qui a statué, suivant que l'acte fait ou non partie d'une in-

stance. Sur tous ces points on peut voir les opinions conformes de Favard, t. 2, p. 75, n° 1, Dalloz, t. 9, p. 133, n° 7, Thomine, n° 405, et Boitard, t. 2, p. 27. Peu importe au reste, relativement à la compétence, que l'avoué ait cessé ou non ses fonctions; les mêmes règles doivent toujours être appliquées. C'est l'avis de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 628. Notre théorie est adoptée et développée par Boitard, t. 2, p. 28.]

[**1310 bis.** ***Devant quel tribunal doit être porté le désaveu, lorsqu'il y a eu arrêt infirmatif, ou renvoi de l'affaire devant un tribunal autre que celui qui a rendu le jugement, ou bien lorsqu'il y a eu règlement de juges?***

Cette question est examinée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 625. Ce savant auteur pense que, si le jugement a été infirmé, le désaveu doit être porté devant la cour d'appel, par la raison que, si le tribunal de première instance en était saisi, il pourrait arriver qu'il annulât la décision d'un tribunal supérieur à lui, ce qui serait une *messéance,* et aurait nécessairement lieu, si, par l'admission du désaveu, le jugement sur lequel l'arrêt infirmatif a été établi était déclaré non avenu : il tire aussi argument des art. 475 et 476, C. proc., desquels il résulte, selon lui, qu'un tribunal ne peut statuer sur la tierce opposition formée contre un jugement rendu par un tribunal supérieur.

Nous nous rangeons difficilement à l'opinion de Pigeau : le texte de l'art. 356 est positif et le motif du législateur est évident; le tribunal vraiment compétent pour examiner la conduite d'un avoué est celui près duquel il exerce; il est en quelque sorte son juge naturel, plus que tout autre il est à même d'apprécier les faits qui occasionnent le désaveu. Quant à la raison tirée de ce qu'un jugement de première instance aurait pour effet d'anéantir un arrêt, remarquons que cette nullité n'est que l'effet du jugement, mais n'est point prononcée par le tribunal; n'en arrive-t-il pas autant, par exemple, dans le cas où une pièce vérifiée est tenue pour véritable par un arrêt, et postérieurement pour fausse par un jugement statuant sur inscription de faux formée contre cette même pièce? Que devient alors l'arrêt? Son anéantissement est indirectement produit par le jugement; il en est de même du cas de désaveu, et c'est ce qui sert en même temps à repousser l'objection tirée de l'analogie qu'on croit trouver dans les art. 475 et 476; la différence est grande au contraire, car lorsqu'un tribunal statue sur une tierce opposition, il annule directement le jugement attaqué; il serait alors contraire au principe des juridictions, qu'un tribunal de première instance infirmât un arrêt, mais encore une fois cette *messéance* n'a pas lieu lorsqu'il est statué sur un désaveu qui produit seul les effets qui doivent naturellement en résulter. Dalloz, t. 9, p. 133 et 134, n°s 8 et 9, partage notre opinion.]

1311. ***Le désaveu formé contre un mandataire constitué devant un tribunal de commerce est-il porté à ce tribunal?***

Il résulte de l'esprit et des termes du titre entier du Code de procédure civile concernant le désaveu, que l'instruction qu'il prescrit se rapporte aux tribunaux ordinaires dans lesquels militent des officiers ministériels sous le nom d'*avoués,* et près desquels la loi a placé des magistrats exerçant le ministère public.

Aucune disposition de ce titre n'est conséquemment applicable aux tribunaux de commerce, qui sont d'institution spéciale et dont la compétence est bornée à une nature ou espèce particulière d'affaires (1).

[Un arrêt de la cour de Nîmes du 11 juin 1823, et deux arrêts cités sur la *Quest.* 1296, consacrent formellement cette doctrine, que Favard enseigne, t. 2, p. 75, n° 1, sur laquelle Dalloz, t. 9, p. 134, n° 10, élève des doutes, et que Thomine, n° 406, modifie dans ce sens qu'il réserve au tribunal de commerce le droit de statuer sur le désaveu lui-même, en vertu des termes précis de l'art. 356, sauf à renvoyer au tribunal civil ce que l'incident du désaveu pourrait offrir d'étranger à la juridiction commerciale; par exemple, les procédures en vérification d'écriture, l'action en responsabilité ou en dommages, qui pourraient en résulter, etc. Mais cette restriction s'applique à toute espèce de cause portée devant le tribunal de commerce. Pour décider la question, il faut s'attacher principalement à ce texte de l'article 356 : « L'action en désaveu sera portée au

---

(1) Vainement opposerait-on la disposition de l'article 356, qui dispose que *le désaveu sera toujours porté au tribunal devant lequel la procédure désavouée aura été instruite.*

On répondrait que les juges de commerce ne sont pas autorisés à s'appliquer cette disposition, et que leur *incompétence en raison de la matière* est absolue, parce qu'il s'agit d'une action personnelle et ordinaire qui naît de l'inexécution d'un contrat civil; action sur laquelle le ministère public doit être entendu, conformément à l'art. 359.

Le consentement des parties ne pourrait couvrir une telle incompétence, parce que l'art. 424 prescrit aux tribunaux de commerce de les renvoyer, encore que le déclinatoire n'ait pas été proposé; ce qui établit une règle de droit public dont le consentement ne peut couvrir l'infraction, ni empêcher l'application devant les tribunaux supérieurs. (Rennes, 19 juillet 1808, cité *suprà, Quest.* 1296.

tribunal devant lequel aura eu lieu la procédure désavouée. »

Que dit-on pour échapper à l'application de cette règle?

L'organisation des tribunaux de commerce ne comporte pas l'accompagnement de toutes les formalités et procédures tracées par la loi pour l'instruction du désaveu. Cette objection a été déjà appliquée à une foule d'autres procédures spéciales; elle l'est, notamment, à la péremption. Et toujours nous décidons, avec de nombreuses autorités, que cette difficulté n'en est pas une; qu'à moins d'une prohibition formelle, comme celle qui existe pour la vérification d'écriture, les tribunaux de commerce peuvent ordonner, dans les affaires dont ils sont saisis, tous les genres d'instruction, se livrer au jugement de tous les genres d'incidents de procédure, sauf à modifier les formes pour les mettre en rapport avec l'organisation particulière à ces tribunaux.

Seconde objection. Le jugement du désaveu intéresse l'ordre public; aussi la loi demande-t-elle que le représentant de la société, le ministère public y assiste (art. 359). Comment y assistera-t-il si le désaveu est poursuivi devant le tribunal de commerce, près lequel le ministère public n'a point d'officiers? Le jugement de la requête civile intéresse aussi l'ordre social, le ministère public doit y assister (art. 498). Et pourtant l'on décide universellement (*Quest.* 1736) que la requête civile a lieu devant les tribunaux de commerce.

Mais on ajoute : L'action en désaveu est, par sa nature, en dehors de la compétence *ratione materiæ*, qui appartient au tribunal de commerce. C'est une action personnelle, dérivant de l'inexécution d'un contrat civil; elle est essentiellement différente du fond de l'affaire qui avait donné lieu à la procédure désavouée. Ainsi rien ne peut justifier l'attribution qu'on en ferait au tribunal de commerce, spécialement et exclusivement destiné au jugement des affaires commerciales. Cet argument n'est que spécieux. Il aurait une grande valeur, si l'action en désaveu n'était dirigée que contre l'avoué, si elle ne tendait qu'à obtenir la réparation qui est due à la partie dont il aurait trahi ou faussé le mandat. Mais elle a bien une autre portée.

L'art. 360 nous apprend que, si le désaveu est déclaré valable, le jugement ou les dispositions du jugement relatives aux chefs qui ont donné lieu au désaveu demeureront annulés et comme non avenus. Le désaveu attaque donc le fond de la cause; il tend à lui faire donner une solution. Or, cette cause est commerciale; elle est de la compétence du tribunal de commerce. (*V.* nos *Quest.* 1527 et 1528.)]

Art. 357. Il sera sursis à toute procédure et au jugement de l'instance principale, jusqu'à celui du désaveu, à peine de nullité; sauf cependant à ordonner que le désavouant fera juger le désaveu dans un délai fixé, sinon qu'il sera fait droit.

[Carré, *Compét.*, 2e part., liv. II, tit. IV, art. 283, *Q.* 314 (1).] — (*Voy.* Formule 315.)

CCXCVIII. La signification du désaveu, faite soit incidemment, soit pendant le cours d'une instance principale pendante en un autre tribunal que celui qui doit statuer sur les actes désavoués, il est sursis à toute procédure et au jugement de l'instance principale, jusqu'à celui du désaveu, à peine de nullité.

Si les parties s'aperçoivent que le demandeur en désaveu ne cherche dans ce sursis qu'un moyen de paralyser l'exercice de l'action principale, elles peuvent demander et faire ordonner par les juges devant lesquels est portée cette action, que, faute par le désavouant de faire juger le désaveu dans un délai fixé, il sera fait droit.

1312. *Le désaveu suspendrait-il l'exécution des interlocutoires précédemment rendus et le jugement du fond, s'il était indifférent à ces jugements et ne pouvait y influer?* [*Ou s'il ne reposait pas sur l'un des moyens fixés par l'art.* 352? *Ou si la partie avait laissé écouler, sans en profiter, le délai à elle accordé par les juges?*]

Le cour d'Amiens tenait l'affirmative dans ses observations sur le projet; mais le Code n'a point fait de distinction. Delaporte, t. 1, p. 351, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 428, n'en maintiennent

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[1° Lorsqu'un jugement s'est borné à déclarer irrégulière une action en désaveu, les juges d'appel ne peuvent statuer sur le fond. (Cass., 1er fév. 1820; Sirey, t. 20, p. 346. — *V.* nos questions sur l'art. 473.)

2° La cour d'appel qui ordonne qu'une demande en désaveu irrégulière sera régularisée ne peut plus statuer sur le fond, avant que son premier arrêt ait été exécuté. (Même arrêt.)

3° Lorsque, pendant l'instance d'appel, une partie forme un désaveu contre l'avoué qui a occupé pour elle en première instance, la cour royale ne peut être tenue de surseoir au jugement du fond, si l'acte de désaveu n'est pas produit devant elle pour la mettre à même de l'apprécier. (Paris, 22 juin 1837.)

4° Celui qui désavoue les poursuites faites en son nom, en matière d'état comme en toute autre, est lié par son désaven, et ne peut pas reprendre les mêmes poursuites. (Paris, 3 juillet 1812; Sirey, t. 14, p. 42.) Mais rien n'empêcherait qu'il se désistât de son désaveu, ou qu'il régularisât une demande et une procédure nouvelle, si l'action n'était pas éteinte.]

pas moins que les dispositions de l'art. 357 ne sont applicables qu'au cas où l'événement du désaveu pourrait influer sur la décision de l'instance principale; autrement, le tribunal pourrait, sans s'arrêter ni avoir égard au désaveu, et sans y préjudicier, prononcer sur le fond.

Nous disons, pour l'opinion contraire, que l'art. 357 commande qu'il soit sursis à toute procédure, et qu'on ne saurait raisonner par analogie de ce qui peut se pratiquer en matière d'inscription de faux, attendu que le législateur a laissé au juge la faculté de surseoir ou non au jugement définitif, suivant que l'inscription peut ou ne peut pas avoir d'influence sur ce jugement; mais ici il n'y a point d'exception, et il y a peine de nullité à violer l'article : d'ailleurs, il est difficile de supposer qu'une partie se porte jamais à désavouer des actes qui seraient indifférents à la décision du fond.

[Favard, t. 2, p. 75, n° 2, enseigne la même doctrine; Delaporte, t. 1, p. 331, est d'une opinion contraire, sans cependant en donner de motifs; mais nous n'hésitons pas à adopter ce dernier avis; la cour d'Amiens demandait qu'il en fût ainsi, et si le Code n'a point statué expressément sur cette demande, c'est que la nature des choses l'en dispensait. En effet, supposons qu'actionné comme héritier, je dénie cette qualité; on m'oppose : 1° un exploit où je l'ai prise; je désavoue l'huissier; 2° une vente de biens dépendants de la succession en mon propre nom; le désaveu de l'exploit seulement peut-il arrêter l'instance; ne devient-il pas évident que je suis héritier, que cette qualité ne peut m'être enlevée par la nullité de l'exploit, qu'elle résulte suffisamment de l'acte de vente?

Il est difficile de supposer qu'une partie se porte jamais à désavouer des actes indifférents à la décision du fond. Cependant elle peut le faire, ne fût-ce que pour retarder sa condamnation; il en résulte une injustice aussi inutile qu'évidente.

Mais, dit-on, le législateur a ordonné le *sursis* sans distinction; dans l'art 250, au contraire, il distingue le cas où le procès peut être jugé indépendamment de la pièce fausse. Les sursis de cette nature sont l'effet d'une question préjudicielle; ainsi, le désaveu ne suspend que parce qu'il élève une question préjudicielle, c'est-à-dire une question qu'*il est nécessaire de juger avant le fond,* de la décision de laquelle *dépend* celle du fond; toutes les fois que la décision sur le fond ne *dépend* pas d'une question étrangère au procès, il n'y a pas de question *préjudicielle,* il n'y a pas lieu au sursis. L'art. 250 fait application de ces principes, mais il ne s'ensuit pas qu'ils ne soient pas applicables en matière de désaveu, de même que l'inscription de faux principal suspendrait l'action civile, lors même que l'art. 250 ne l'eût point dit, et cela, par l'effet d'un principe général proclamé par l'art. 3, C. crim., et dont on trouve de fréquentes applications dans le Code civil.

Un arrêt de la cour de Metz du 15 janv. 1812 (Dalloz, t. 9, p. 142) a jugé que les tribunaux peuvent se dispenser de surseoir au jugement quoiqu'il y ait désaveu, s'il ne repose pas sur un des moyens prévus par l'art. 352.

Cet arrêt contrarie évidemment le texte impératif de l'art. 357 qui ordonne au juge de surseoir et de fixer un délai pour que l'action en désaveu soit jugée séparément. Le juge du fond ne peut pas juger que cette action est *inusitée, inadmissible.* Nous venons de décider que ce juge avait le droit de déclarer que le désaveu contre tel ou tel acte était inutile, parce que la cause pouvait se juger sans qu'on fût obligé d'examiner le mérite de cet acte; nos deux opinions fondées sur la raison et sur la force des choses se concilient facilement. Si le pouvoir que nous accordons au juge lui était refusé, le sursis serait forcé toutes les fois qu'un acte de désaveu serait déposé au greffe, quelle que fût la pièce contre laquelle il serait formulé. Cette conséquence nous paraît inadmissible.

Les juges devront avoir le soin, lorsqu'ils ne s'arrêteront pas à un désaveu, de déclarer qu'en supposant le désaveu fondé et la pièce écartée du procès, les autres documents de la cause sont suffisants pour motiver leur décision contre le demandeur en désaveu.

Il paraît hors de doute que lorsqu'une partie n'a point mis à profit le délai que le tribunal lui avait accordé pour faire juger son désaveu, elle ne peut plus s'en prévaloir pour empêcher la continuation des poursuites; autrement la faculté donnée par l'art. 357 au tribunal saisi de l'affaire principale serait complétement illusoire. C'est ce qu'a jugé, avec raison, la cour de Paris, le 2 août 1813. Dalloz, t. 9, p. 155, n° 15, approuve cette jurisprudence, en ajoutant néanmoins qu'il pourrait être accordé un nouveau délai par les juges, si le premier leur paraissait insuffisant, et qu'une pareille décision ne serait point sujette à cassation. Cette observation est confirmée par l'arrêt précité, puisqu'il n'ordonnait le passer outre qu'après plusieurs délais qu'on avait successivement laissés écouler sans poursuites. Au reste, si l'instance pendante est interrompue par le désaveu, il n'en est pas de même de l'exécution des jugements définitifs et inattaquables, qui ne saurait être arrêtée par le désaveu formé depuis qu'ils ont été rendus. C'est ce qu'a décidé la cour de Paris, le 16 mai 1835 (Sirey, t. 35, p. 425).]

1313. ***Mais le tribunal ne pourrait-il pas du moins statuer par le même jugement***

sur le désaveu et sur le fond, si l'instruction était en état sur l'un et sur l'autre?

Nous ne voyons pas d'inconvénient à agir de cette manière, mais le parti le plus prudent serait peut-être de prononcer par deux jugements séparés. Nous croyons du moins qu'il est dans le vœu de la loi que l'instance de désaveu soit vidée séparément et avant tout.

[Cette opinion, que nous approuvons, est partagée par Favard, t. 2, p. 76, *in principio*, et Pigeau, *Pr. civ.*, à l'art. 7 du chapitre *Désaveu*.]

[**1313** bis. *Quelle marche doit être suivie pour faire annuler les poursuites qui ont suivi le désaveu?*

Il résulte bien de l'art. 357, C. proc., que les procédures faites depuis l'acte de désaveu sont nulles, mais cette nullité doit-elle être prononcée, ou a-t-elle lieu de plein droit? On verra *infrà*, n° 1316, que le jugement qui a suivi la procédure désavouée est nul, sans qu'il soit besoin que la nullité en soit prononcée; l'article 360 se sert de ces expressions, *demeureront annulées*, tandis qu'il n'y a dans l'article 357, que celles-ci, *à peine de nullité*. En règle générale, les nullités ne sont pas *de droit*; c'est par exception que la loi prononce la nullité sans qu'il soit besoin d'obtenir un jugement; toutes les fois que le législateur ne s'est servi que des expressions, *à peine de nullité*, la nullité doit être prononcée par le juge; mais une question plus grave est celle de savoir par qui la nullité sera prononcée?

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 627, établit plusieurs distinctions, et, en résumé, il pense que si, devant un tribunal de première instance, aucun jugement n'est intervenu, ou s'il n'a été rendu qu'un jugement par défaut, le tribunal pourra annuler; que si le jugement est contradictoire, on devra s'adresser au juge d'appel; que si, devant la cour, l'arrêt est susceptible d'opposition, on le fera annuler par cette voie, et que, dans le cas d'un arrêt contradictoire, on pourra demander la nullité à la cour elle-même, parce que les procédures auront été faites contre un homme sans pouvoir. Il assimile ce cas à la nullité des procédures faites contre un avoué destitué, dont il a parlé, p. 607 et 608; cependant, à ce dernier endroit, il a dit que l'on ne pourrait pas se pourvoir par requête civile, parce que l'art. 480, 2°, supposait des nullités commises dans les procédures, et des jugements où les parties avaient été représentées; et au contraire, p. 627, il termine par ces mots : « On pourrait même l'attaquer (l'arrêt contradictoire) par la requête civile, d'après le n° 2 de l'art. 480. » Cependant, dans le cas de désaveu, la partie a-t-elle été représentée?

Nous devons avouer que l'opinion de Pigeau nous a paru contradictoire dans les deux endroits, et exprimée d'une manière peu satisfaisante.

Quant à nous, la marche la plus naturelle et la seule légale nous paraît être celle-ci :

Si les procédures n'ont pas été suivies de jugement ou d'arrêt; si, en cas de décision rendue, la voie d'opposition ou d'appel est ouverte, c'est par les voies ordinaires que la nullité doit être demandée; si, au contraire, le jugement est en dernier ressort, ou si l'arrêt est contradictoire, la voie de la requête civile est ouverte, parce que le demandeur était nécessairement *partie* au procès, y avait été appelé, mais qu'à son égard, des *formes* protectrices et substantielles et surtout des formes prescrites à peine de nullité ont été violées.

Si la voie de la requête civile ne pouvait être admise, sous le prétexte que les parties n'ont pas été dûment appelées, ce ne serait pas encore par demande en nullité qu'on devrait agir, mais bien par tierce opposition, lorsque la décision serait opposée au demandeur en désaveu.]

1314. *Si, au lieu de formaliser une demande en désaveu, dans les cas prévus par l'art.* 352, *la partie appelait l'officier ministériel en garantie devant le tribunal saisi de l'affaire dans laquelle on opposerait un acte fait sans pouvoir, cette demande aurait-elle l'effet de l'action en désaveu?*

La conséquence du désaveu étant de faire déclarer nul et non avenu l'acte contre lequel on s'est pourvu, on peut dire que l'avisagement, outre qu'il présente l'inconvénient majeur de suivre une autre forme que celle spécialement établie par la loi, présupposerait la validité de l'acte, du moins relativement au tiers, puisque celui qui souffre de cet acte conclurait à une libération qui suppose que ce même acte conserve son effet. Il est donc nécessaire de *formaliser* la demande en désaveu.

[Nous ne pouvons qu'approuver cette solution.]

1314 bis. *La menace d'un désaveu, de la part de l'une des parties, suffirait-elle pour faire surseoir aux poursuites?*

La cour de Rennes a décidé, le 14 juill. 1819 (Dalloz, t. 9, p. 143), qu'une cour peut, avant faire droit, ordonner qu'une partie qui a manifesté l'intention de désavouer l'avoué qui l'a représentée en première instance, s'expliquera sur ce désaveu.

Un arrêt de le cour de Grenoble du 30 janvier 1823 (Dalloz, t. 9, p. 143), a jugé, au contraire, qu'une partie ne peut être reçue à interjeter appel d'un jugement rendu conformément aux conclusions prises par son avoué

en première instance, quoiqu'elle *déclare vouloir exercer une action en désaveu contre cet avoué*. Cette dernière décision nous paraît préférable, et l'on ne peut se dissimuler que la cour de Rennes, en ordonnant un sursis, par cela seul qu'il y avait eu menace de désaveu, a préjudicié aux intérêts d'une partie qui avait droit d'obtenir justice sans délai, puisque son adversaire n'y mettait aucun obstacle légal.]

Art. 358. Lorsque le désaveu concernera un acte sur lequel il n'y a point instance, la demande sera portée au tribunal du défendeur (1).

Code de proc., art. 59. — [Tar. rais., n° 273,] — (*Voy.* Formule 316.)

1315. *En quel cas l'art.* 358 *peut-il recevoir son application ?*

Cet article s'applique particulièrement aux cas où un huissier aurait inconsidérément fait des offres ou donné des consentements préjudiciables à la partie qui l'aurait chargé de faire un acte extrajudiciaire, par exemple une saisie-opposition, des offres réelles, etc. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 291, n° 421.)

[C'est aussi l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 628, Favard, t. 2, p. 76, n° 3, Thomine, n° 407, et Boitard, t. 2, p. 28. Il faut consulter nos observations sur la *Quest.* 1310, *suprà*. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 628, enseigne que, par ces mots : le *tribunal du défendeur*, il faut entendre celui où il a exercé son ministère, encore qu'ayant cessé ses fonctions, il ne fût plus domicilié dans le ressort de ce tribunal. Cette opinion ne nous paraît pas devoir être suivie; et nous croyons, avec les autres auteurs cités, que la loi a entendu parler du tribunal du domicile du défendeur.]

Art. 359. Toute demande en désaveu sera communiquée au ministère public.

C. proc., art. 83. — *V.* nos questions sur le § 8 de l'art. 480.

CCXCIX. L'instruction dont nous avons tracé la marche, *suprà*, étant achevée, le procès est communiqué au ministère public, qui doit être entendu en toute demande en désaveu. L'audience est ensuite poursuivie par un simple acte ; la cause est plaidée; le ministère public donne ses conclusions, et le désaveu est admis ou rejeté.

Art. 360. Si le désaveu est déclaré valable, le jugement, ou les dispositions du jugement relatives aux chefs qui ont donné lieu au désaveu, demeureront annulées et comme non avenues; le désavoué sera condamné, envers le demandeur et les autres parties, en tous dommages-intérêts, même puni d'interdiction, ou poursuivi extraordinairement, suivant la gravité du cas et la nature des circonstances.

C. civ., art. 1146 et suiv. — C. proc., art. 128, 132, 1029 et suiv. — [Carré, *Compétence*, 2e part., liv. Ier, tit. II, art. 89, Q. 114. — Locré, t. 9, p. 297.] — (*Voy.* Formules 317 et 318.)

CCC. Quand le désaveu est admis, l'acte ou les actes désavoués sont déclarés nuls, ainsi que tout ce qui s'en est suivi.

Les actes désavoués ont-ils été suivis d'un jugement? Ce jugement ou les dispositions relatives aux chefs qui ont donné lieu au désaveu demeurent pareillement annulés et comme non avenus (2).

Au reste, le tribunal prononce les peines portées en l'art. 360, et statue de suite et par le même jugement sur le principal, *s'il y a lieu*, et si la cause est en état (3).

1316. *La nullité du jugement qui aurait donné lieu au désaveu a-t-elle lieu de plein droit ?*

L'affirmative résulte évidemment du texte; par ces mots *demeureront annulées et comme non avenues*, il exprime clairement que le jugement qui accueille purement et simplement le désaveu suffit pour anéantir celui qui y a donné lieu, quoiqu'il ne s'explique pas à son égard. (Perrin, *Traité des nullités*, p. 136.)

[Sous l'ancienne jurisprudence, le juge qui déclarait nulle la procédure désavouée ne pouvait déclarer nul le jugement intervenu sur cette procédure; le désaveu n'était pas un mode d'annulation du jugement, mais un moyen de réussir dans l'appel ou dans la requête civile postérieurement formés contre ce jugement; aujourd'hui, aux termes de l'art. 360, C. proc.,

---

(1) Le commentaire de cet article est compris dans celui de l'art. 354.

(2) Ainsi, l'on n'est plus obligé, comme sous l'ord. de 1667, de prendre d'abord la voie d'opposition, d'appel ou de requête civile, contre le jugement qu'on veut faire annuler, pour introduire ensuite incidemment la demande en désaveu ; une seule action suffit pour faire annuler les actes désavoués et le jugement qui en a été la conséquence.

Cependant, il est possible qu'un jugement se trouve attaqué par la voie d'appel, lorsqu'il est déclaré nul par la demande en désaveu. Dans ce cas, l'auteur du désaveu qui n'a pas négligé de faire suspendre d'abord l'instance d'appel, n'a qu'à produire à la cour le jugement qu'il vient d'obtenir du tribunal compétent, et à demander que, vu la nullité du jugement dont est appel, les parties soient mises hors de cause [Voy. la *Quest.* 1316.]

(3) C'est-à-dire lorsque le désaveu a été formé incidemment à une instance.

sans qu'il soit besoin d'une nouvelle instance, le jugement *demeure nul et comme non avenu.* Pigeau, t. 1, p. 294, n° 424, dit que les juges qui déclarent nulle la procédure désavouée, *sont autorisés à déclarer en même temps nul le jugement;* et Hautefeuille, p. 192, ajoute que le jugement qui déclare le désaveu valable, *doit contenir la prononciation formelle* que le jugement est annulé. Il semble résulter de ces expressions, que, selon ces deux auteurs, le jugement n'est pas nul de plein droit, et que la nullité en doit être prononcée; mais nous pensons avec Carré et Berriat, *h. v.*, n° 19, qu'elle a lieu par la seule force de la loi, et d'après le texte de l'art. 360, qui nous paraît formel.

L'art. 501, au titre de la *Requête civile,* ne dit pas : *le jugement demeurera annulé* et comme non avenu, mots qui supposent un résultat de la seule volonté de la loi, mais bien : *le jugement sera rétracté.*

S'il a été interjeté appel du jugement déclaré nul, on doit arrêter la procédure d'appel en s'appuyant de la nullité du jugement. (*V.* la note 2 de la page précédente.)

Notre opinion est encore partagée par Dalloz, t. 9, p. 135, n° 17, et Thomine, n° 411.

Un arrêt de la cour de Paris du 27 août 1835 a jugé qu'on peut former un désaveu contre un officier ministériel, même après le jugement du procès dans lequel ont été faits les actes désavoués. L'art. 360 ne permet pas de méconnaître ce principe.]

1317. *Si, dans le cours d'une instance qui serait de nature à être jugée en dernier ressort, un acte de cette même instance était désavoué, le désaveu, comme accessoire, serait-il également soumis au jugement souverain?*

Pigeau se fait cette question, t. 1, p. 294, n° 424, et après avoir exposé les raisons de prononcer affirmativement, il adopte la négative, par induction de l'art. 371. Nous pensons, comme cet auteur et comme Coffinières (voy. *Jurispr. des cours souv.*, t. 5, p. 233, que l'action en désaveu n'est pas, à proprement parler, une demande incidente, au moins relativement à l'officier ministériel contre lequel elle est dirigée, et qu'il suffit d'ailleurs qu'elle intéresse son honneur et qu'elle l'expose à des peines graves, pour qu'elle ne puisse être jugée en premier ressort, comme les récusations des juges.

[Nous adoptons cette opinion avec Favard, t. 2, p. 76, et Thomine, n° 411, malgré un arrêt contraire de la cour de cass. du 5 therm. an XIII, qu'approuvent Merlin, *Rép.*, v° *Désaveu,* n° 8, et Dalloz, t. 9, p. 134, n° 11. (*V.* la question suivante.)]

[1317 bis. *Quelles sont, à l'égard du désavoué, les suites du désaveu déclaré valable? Le désavouant doit-il payer tous les frais dans certains cas?*

Outre l'interdiction, et les peines extraordinaires, le désavoué peut être condamné en tous les dommages qu'il appartient vis-à-vis du désavouant et des autres parties. Il est sujet, par exemple, aux frais de tous les actes et à la garantie des condamnations qu'il a occasionnées à son client, ainsi que l'a jugé la cour de Paris, le 31 janv. 1815 (Dalloz, t. 9, p. 120).

Mais la jurisprudence s'accorde à décider que cette disposition de l'art. 360 est facultative, et que les tribunaux peuvent se dispenser de l'appliquer, tout en admettant le désaveu, lorsqu'ils ont la conviction qu'il n'y a ni fraude, ni faute grave de la part du désavoué, et que celui-ci a été seulement victime d'une erreur qu'il n'était pas en son pouvoir de découvrir. (Paris, 7 fév. 1824; Sirey, t. 25, p. 196; Lyon, 1er avril 1824; Sirey, t. 25, p. 107; cass., 27 août 1835; Sirey, t. 35, p. 588.)

Un arrêt de la cour de Paris du 12 avril 1806 (Sirey, t. 7, p. 902), a même jugé que le désavouant n'a pas droit à des dommages-intérêts tant qu'il lui reste une voie légale pour faire réformer le jugement. On n'a pas oublié que, sous l'ancienne législation, la requête civile était nécessaire pour faire tomber les jugements, même après désaveu accueilli. (*V. suprà* nos observations sur la *Quest.* 1316.) Nous ne croyons pas que la décision de la cour de Paris puisse être suivie aujourd'hui, puisque les jugements rendus ensuite de l'acte désavoué se trouvent annulés de plein droit. Ce n'est donc pas l'existence de ces jugements qui donne lieu aux dommages-intérêts, mais le préjudice porté à la partie en l'engageant dans une procédure chanceuse. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 652, et Merlin, v° *Désaveu,* § 6, partagent notre opinion, qui est également celle de Carré, p. 181, n° CCC, note 2.

On demande si, lorsque les tierces parties ont obtenu des dommages contre l'officier désavoué, la partie de celui-ci doit être garante envers les autres du payement de ces dommages? Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 650, résout cette question par la distinction suivante : s'il s'agit d'un désaveu intenté par une partie qui n'avait jamais donné pouvoir à l'officier de la représenter, cette partie n'a rien à s'imputer, et, par conséquent, il serait souverainement injuste qu'elle fût exposée à aucune espèce de recours. Mais lorsque le désaveu ne porte que sur certains actes faits par un officier d'ailleurs chargé de pouvoirs généraux, la partie en est responsable vis-à-vis des tiers, comme on l'est, en vertu de l'art. 1384, C. civ., de tous les dommages causés par la personne qu'on avait revêtue de son mandat. Nous repoussons cette distinction dans laquelle Pigeau nous paraît

faire une fausse application de l'art. 1384 du Code civil.

Cet article déclare le commettant responsable des dommages causés, parce que ce commettant est obligé de ratifier tous les actes qui ont été faits par son préposé. Cette disposition rigoureuse qui s'étend au quasi-délit n'est que le corollaire de l'obligation civile qui résulte du mandat.

Et comment admettre que celui qui a le droit de désavouer un acte fait par son mandataire, de faire tomber les jugements mêmes obtenus par son adversaire et de lui occasionner, par conséquent, un dommage réel, sérieux, peut-être irréparable, sans pour cela bien évidemment être tenu d'aucune action en garantie, sera forcé de lui rembourser à titre de dommages, en vertu de l'art. 1384, les frais faits pour obtenir ces jugements? C'est le cas d'appliquer la maxime, *accessorium sequitur principale.*]

Art. 361. Si le désaveu est rejeté, il sera fait mention du jugement de rejet en marge de l'acte de désaveu, et le demandeur pourra être condamné, envers le désavoué et les autres parties, en tels dommages et réparations qu'il appartiendra.

Tarif, 91. — [Tar. rais., nos 274 et 275.] — C. civ., art. 1146 et suiv. — C. proc., art. 128 (1). — (*Voy.* Formule 318.)

CCCI. Quand le désaveu est rejeté, le jugement ordonne qu'il sera considéré comme nul et non avenu. Le demandeur peut, dans ce cas, être condamné envers l'officier ministériel qu'il a mal à propos outragé, et même envers les autres parties, à tels dommages-intérêts qu'il appartient.

Le jugement de rejet doit, en outre, et cela quand même les juges auraient omis de le dire, être mentionné par le greffier sur la minute, et en marge de l'acte de récusation.

Art. 362. Si le désaveu est formé à l'occasion d'un jugement qui aura acquis force de chose jugée, il ne pourra être reçu après la huitaine, à dater du jour où le jugement devra être réputé exécuté, aux termes de l'art. 159 ci-dessus.

Code de proc., art. 356. — [Carré, *Compétence*, 2e part., liv. Ier, tit. III, art. 179, *Q.* 169. — Locré, t. 9, p. 239 et 298.]

CCCII. Nous avons dit, au commentaire de ce titre, et sur la *Quest.* 1307, qu'une partie ne peut désavouer l'acte qu'elle a ratifié par une approbation expresse ou tacite, quoique cet acte soit l'ouvrage d'un officier sans pouvoir. La disposition de l'art. 362, relative au cas où le désaveu tend à faire annuler un jugement passé en force de chose jugée, est une conséquence de ce principe. C'est, en effet, parce que la loi considère comme une approbation tacite le silence prolongé de la partie condamnée, qu'elle déclare celle-ci non recevable à proposer un désaveu, après la huitaine qui suit le jour où, suivant l'art. 159, le jugement est réputé exécuté (2).

1318. ***L'art. 362 ne s'applique-t-il qu'aux jugements par défaut?***

Il est évident, disent Delaporte, t. 2, p. 432, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 452, qu'il s'agit, en cet article, des jugements par défaut auxquels on peut former opposition lors du premier acte tendant à exécution, et, par conséquent, après la huitaine de la signification.

Ces auteurs sont les seuls qui aient émis cette opinion. Il nous paraît, au contraire, d'après les expressions du tribun Perrin, sur l'art. 362, qu'il s'agit, en cet article, d'un terme au delà duquel l'action en désaveu ne peut être intentée, soit qu'elle se rapporte à une procédure sur laquelle un jugement par défaut serait intervenu, soit qu'elle ait trait à une procédure par suite de laquelle un jugement contradictoire aurait été rendu.

Comment admettre, d'ailleurs, l'opinion contraire, puisque, dans les jugements par défaut dont parlent les auteurs que nous venons de citer, il ne saurait y avoir lieu au désaveu de la part de la partie condamnée, puisqu'elle n'a pas constitué d'avoué? Le renvoi à l'art. 159 n'a donc pas d'autre objet que d'indiquer des modes d'exécution qui, lorsqu'ils auraient été suivis, rendent l'action en désaveu non recevable.

[Cette opinion est juste. Elle est partagée par Dalloz, t. 9, p. 134, no 13, Thomine, no 412, et Boitard, t. 2, p. 30 et suiv.]

1319. ***Dans le cas prévu par l'art. 362, est-il nécessaire de signifier le désaveu à la partie en faveur de laquelle le jugement aurait été rendu?***

---

(1) JURISPRUDENCE.

[1o La faculté d'accorder des dommages-intérêts, donnée aux juges par l'art. 361 du Code de procédure civile, se convertit en obligation étroite, lorsqu'ils sont convaincus que l'officier injustement désavoué a souffert un dommage réel (Rennes, 9 mars 1818; Dalloz, t. 9, p. 131), sans que néanmoins le refus pût fournir ouverture à cassation.

2o L'avoué défendeur à une demande formée en désaveu, ne peut pas conclure à des dommages-intérêts qu'il déclare vouloir appliquer au profit des hospices. (Brux., 15 juillet 1819; J. de B., t. 2 de 1819, p. 182.)

3o Lorsque des dommages-intérêts ont été accordés à deux avoués, simultanément désavoués, l'acquiescement de l'un au jugement n'empêche pas l'autre d'en appeler. (Rennes, 17 août 1818; Dalloz, t. 9, p. 130.)]

(2) *Voy.*, au Commentaire de ce titre, la raison de cette dernière disposition.

Pigeau, t. 1, p. 291, n° 422, considère ici le désaveu comme principal, parce qu'il concerne un acte sur lequel il n'existe plus d'instance; mais il n'en conclut point qu'il ne doive pas être signifié à la partie au profit de laquelle le jugement aurait été rendu, et qu'il n'y a lieu qu'à mettre l'officier ministériel en cause. Le contraire résulte formellement de l'explication donnée sur l'art. 362 par le tribun Perrin, dans son rapport au corps législatif.

Il est évident, d'après ces explications et le texte de l'art. 362, que cet article établit trois principes: premièrement, qu'il n'est plus permis de se pourvoir en désaveu, lorsque le jugement a l'autorité de la chose jugée, et qu'il s'est écoulé depuis un intervalle de huit jours; deuxièmement, que si le désaveu fait dans la huitaine est déclaré valable, il emporte (voy. *suprà*, art. 360) la réformation même du jugement passé en force de chose jugée; troisièmement, que le désaveu doit, par conséquent, être signifié aux personnes qui ont été parties à ce jugement.

De ces principes, que le législateur devait consacrer avec d'autant plus de raison qu'il n'a pas fait du désaveu, comme cela se pratiquait sous l'empire de l'ordonnance, un moyen de requête civile, il résulte que l'action est non recevable, si elle n'a pas été signifiée à la partie en faveur de laquelle le jugement a été rendu.

Au reste, ce mode de procéder est en tout conforme aux anciens principes. (*V.* Denisart, v° *Désaveu*, § 2, n° 1, p. 295.)

[Nous adoptons, sans hésiter, cette opinion, qui est aussi celle de Demiau, p. 268.

La loi ne s'explique pas pour le cas du désaveu formé contre un huissier. La demande doit-elle être signifiée à la partie contre laquelle a été fait l'acte désavoué? L'affirmative nous paraît incontestable, d'après les raisons qu'on vient de faire valoir relativement au désaveu d'un avoué, et l'on conçoit qu'elles sont également applicables. Tel est l'avis de Pigeau, t. 1, p. 304, n° 432.]

[**1319** bis. *Les significations destinées à introduire un désaveu doivent-elles être adressées aux parties ou aux avoués?*

Si le désaveu est incident à une instance, ou l'acte désavoué appartient à cette instance, et alors on suit la marche tracée par l'art. 354, et la signification se fait *d'avoué à avoué;* ou l'acte désavoué n'appartient pas à l'instance, et alors le désaveu doit être porté au tribunal devant lequel la procédure désavouée aura été instruite, et, dans ce cas, la signification se fait *aux parties* de l'instance principale (art. 356), c'est-à-dire à personne ou domicile, et non par acte d'avoué. La raison en est que, notifiée à l'avoué, elle serait inutile, puisque celui-ci ne pourrait faire autre chose que de la remettre à sa partie, et de lui conseiller de constituer avoué devant le tribunal où sera portée l'action en désaveu; il est infiniment plus simple de faire directement cette signification à la partie, qui la recevra ainsi beaucoup plus tôt. Cette solution est adoptée par Lepage, p. 232, et résulte, au surplus, pour nous, des termes mêmes de l'art. 356.

Si le désaveu est principal, aucun avoué n'est constitué; cependant, ainsi que nous l'avons dit *Quest.* 1319, il doit en être fait notification aux parties, qui, dès lors, ne peuvent la recevoir qu'à personne ou domicile.]

[**1319** ter. *Que faut-il entendre, avec l'article* 362, *par ces mots : Jugement passé en force de chose jugée?*

On donne généralement ce nom aux décisions rendues en dernier ressort, encore qu'elles soient susceptibles d'être attaquées par les voies de cassation ou de requête civile.

Dalloz, t. 9, p. 135, n° 14, estime que, dans le cas de l'art. 362, on ne doit regarder comme passés en force de chose jugée que les jugements contre lesquels sont formées les voies tant extraordinaires qu'ordinaires.

Demiau, p. 269, art. 362, enseigne la même doctrine, quoiqu'il ne prévoie que le cas de la requête civile.

Nous pensons que la requête civile et le pourvoi en cassation ne peuvent proroger le délai fixé par l'art. 362 pour l'action en désaveu. Ni l'un ni l'autre, en effet, ne font obstacle à l'exécution de la sentence contre laquelle ils sont dirigés. Or, si cette exécution peut avoir lieu, la fin de non-recevoir créée par notre article sera évidemment acquise avant l'admission de la requête ou du pourvoi.

Ainsi, pendant tout le temps qui s'écoulera entre le huitième jour après celui où l'arrêt est réputé exécuté, et, soit l'admission du rescindant, soit la cassation de l'arrêt, il n'y aura pas ouverture au désaveu, cet arrêt conservant toute l'autorité de la chose jugée.

Mais il n'en sera plus de même lorsque le rescindant aura été admis ou la cassation prononcée, parce que cette admission, cette cassation auront pour effet de faire disparaître l'autorité de la chose jugée, de soumettre le fond de la contestation à une nouvelle appréciation, de rouvrir, par conséquent, aux parties toutes les voies d'attaque et de défense qu'elles auraient pu employer avant le premier jugement.

L'action en désaveu étant une de ces voies, elle est rouverte comme les autres.]

[**1319** quater. *Quand l'action en désaveu devient-elle irrecevable, indépendamment des cas prévus par l'art.* 362?

L'acquiescement exprès, tacite ou présumé est un obstacle insurmontable, dit Demiau, p. 270, à la demande en désaveu : aucun pré-

texte ou motif, excepté le dol, ne peut faire admettre d'exception à cette règle. Nous adoptons entièrement cette opinion, que Pigeau exprime aussi, *Proc. civ.*, t. 1, à l'art. 2 du chap. *Désaveu*, et *Comm.*, t. 1, p. 630. Elle a été consacrée, le 27 août 1831, par la cour de Nanci, qui a déclaré irrecevable un désaveu proposé après l'exécution volontaire d'un jugement rendu depuis les actes désavoués.

Une autre fin de non-recevoir contre le désaveu pourrait se tirer du payement qui aurait été fait des avances et vacations dues à l'officier ministériel, à raison des actes qui en feraient l'objet. Quelle ratification moins équivoque, dirait-on, de la conduite d'un avoué et des actes qu'il a faits que le payement des frais qui lui sont dus pour ces mêmes actes? C'est ainsi que l'a jugé la cour de Rennes, le 17 août 1818. Cependant, il y aurait de la rigueur, selon nous, à adopter cette décision d'une manière absolue. Une partie peut avoir retiré ses pièces sans les avoir examinées, elle peut n'être pas capable de les examiner elle-même; et ce ne sera que plus tard qu'un conseil éclairé, découvrant l'imprudence ou la fraude dont son avoué l'a rendue victime, l'aura avertie. Nous croyons donc que la recevabilité du désaveu sera, dans ces occasions, subordonnée à une appréciation de fait, comme le sont, au reste, presque toutes les questions d'acquiescement pour exécution. Rien d'étonnant, dès lors, que la cour de Paris, le 22 juill. 1815 (Sirey, t. 16, p. 332), ait jugé différemment que la cour de Rennes, et que Thomine, n° 412, approuve son arrêt.]

[1319 quinquies. *Hors le cas prévu par notre article, l'exercice de l'action en désaveu est-il soumis à un délai quelconque?*

Il n'en est exprimé aucun dans la loi. Ainsi, lorsque le désaveu a pour objet un acte extrajudiciaire sur lequel il n'y a point d'instance, quoique toutes les autres règles que nous venons d'exposer doivent être suivies, l'action ne sera exposée à aucune déchéance, et pourra être exercée tant que l'acte n'aura pas été approuvé expressément ou tacitement par le désavouant, comme l'enseigne, avec raison, Favard, t. 2, p. 75.

De même, si l'acte à désavouer est un acte judiciaire, nulle déchéance ne pourra atteindre l'action en désaveu, tant que cet acte ne sera point protégé par l'autorité de la chose jugée. Jusque-là le désaveu sera admis en tout état de cause, même en appel, suivant un arrêt de la cour de Brux. du 17 oct. 1831, et l'opinion de Pigeau, *Proc. civ.*, t. 1, à l'art. 2 du chapitre *Désaveu*.]

SIXIÈME SUBDIVISION.

DE LA PROCÉDURE INCIDENTE RELATIVE AUX RÉCUSATIONS, SOIT D'UN TRIBUNAL ENTIER, SOIT DES JUGES EN PARTICULIER.

Si le Code de procédure, au tit. VIII du liv. 1er et au tit. XXI, n'emploie le mot *récusation* que pour exprimer la demande à fin d'exclure un ou plusieurs membres d'un tribunal de la connaissance d'une affaire, néanmoins, dans son acception générale, ce même mot s'applique à toute exception par laquelle une partie *refuse* (1) d'avoir pour juge le tribunal même devant lequel elle est appelée.

Sous ce rapport toute demande tendante, soit, comme celle en *règlement de juges*, à attribuer à un tribunal, de préférence à un autre, la connaissance d'une affaire dont ces deux tribunaux sont simultanément saisis, soit, comme celle *en renvoi*, pour quelque cause que ce soit, à substituer un autre tribunal à celui devant lequel la cause est portée, constitue une véritable récusation.

De même, toute récusation est réellement une exception *déclinatoire* (2), quoique le Code de procédure n'emploie ce dernier mot que pour qualifier l'exception dont il s'agit au tit. IX, §2. (*V.* t. 2, p. 117.)

Il résulte de ces observations que le mot *récusation* peut être proprement et utilement employé comme expression générique, qui désigne tout à la fois, et les demandes tendantes au règlement de juges et au renvoi d'un tribunal à un autre, pour cause de parenté ou

(1) *Récusation*, du verbe latin *recusare*, refuser, *recusatio*. (*V.* au surplus *la définition donnée*, t. 1, p. 161.)

(2) *Déclinatoire*, de *declinare*, *éviter*; or, *éviter* d'avoir tel tribunal pour juge, c'est bien *refuser* de se soumettre à sa juridiction.

d'alliance, et celles par lesquelles la partie refuse d'avoir pour juges un ou plusieurs membres du tribunal; demandes qui sont la matière de la présente subdivision de la procédure incidente (1).

TITRE XIX.

DES RÈGLEMENTS DE JUGES.

Un même différend peut se trouver porté à la fois devant deux ou plusieurs tribunaux.

Si l'un de ces tribunaux est incompétent, il y a lieu de proposer l'exception déclinatoire pour cause d'incompétence, dont nous avons traité t. 2, p. 128.

S'il n'y a pas d'incompétence, on peut demander le renvoi pour cause de *litispendance* devant le premier tribunal saisi. (V. *suprà* sur l'art. 171.)

Mais si, dans ces deux cas, le renvoi n'est pas accordé, ou s'il présente trop de difficultés, il faut se pourvoir en *règlement de juges,* afin de faire cesser le *conflit* de juridiction existant entre deux ou plusieurs tribunaux, par une décision qui règle auquel d'entre eux doit rester la connaissance de l'affaire.

Tout conflit de juridiction est positif ou négatif : *positif,* quand deux ou plusieurs tribunaux retiennent également la connaissance d'une affaire ; *négatif,* quand ils refusent également d'en connaître (2).

C'est au premier seulement que s'appliquent les dispositions du Code de procédure, sur les règlements de juges, l'art. 363 (3) ayant conservé à la cour de cassation la compétence exclusive, à l'effet de statuer sur les demandes en règlement fondées sur un conflit négatif (4).

Toute la procédure, en cette matière, se réduit à un jugement qui permet d'assigner (364), et qui doit être signifié, avec assignation, dans un délai déterminé (365), à peine de déchéance de la demande en règlement (366). Du reste, le Code assujettit aux dommages-intérêts le demandeur qui succombe (367) (5).

Art. 363. Si un différend est porté à deux ou plusieurs tribunaux de paix ressortissant du même tribunal, le règlement de juges sera porté à ce tribunal.

Si les tribunaux de paix relèvent de tribunaux différents, le règlement de juges sera porté à la cour royale.

Si ces tribunaux ne ressortissent pas de

(1) Au reste, pour prévenir toute confusion d'idées par suite de l'emploi que nous faisons, comme terme générique, de ce mot *récusation,* dont le Code de procédure ne se sert que *spécifiquement,* nous appellerons *récusation partielle* celle des juges en particulier.

(2) *Voy.* notre *Traité des lois d'organis.,* liv. II, tit. V.

(3) *Voy.* le commentaire sur cet article.

(4) C'est pourquoi nous définissons le règlement de juges, en tant qu'il est l'objet des dispositions du Code de procédure, *la décision par laquelle une autorité judiciaire supérieure déclare laquelle, de deux ou de plusieurs autorités qui lui sont subordonnées, doit connaître d'une contestation dont elles se trouvent simultanément saisies.*

(5) Nous devons faire remarquer que cette forme de procéder ne s'applique pas seulement dans le cas du conflit dont nous venons de parler; on doit en outre la suivre dans tous ceux où il devient nécessaire de donner des juges aux parties qui se trouvent n'en point avoir, par quelque événement que ce puisse être; par exemple, en cas de récusation ou de déport de tous les juges, en cas d'insuffisance d'avoués pour représenter toutes les parties en cause, etc. Mais alors l'action est qualifiée *demande en indication,* et non pas *en règlement de juges,* attendu qu'il n'existe pas de conflit dans la circonstance où elle est formée.

On verra, dans notre *Traité d'organis.,* liv. III, tit. VI, à quelle autorité il appartient de prononcer sur ces demandes; mais nous devons dire ici que la procédure à faire consiste dans une requête que la partie la plus diligente présente à l'autorité compétente; que cette requête doit énoncer les causes et les preuves de l'empêchement, avec conclusions au renvoi de l'affaire au tribunal le plus voisin du tribunal empêché, qu'enfin ce renvoi est prononcé sur les conclusions du ministère public, parties présentes ou dûment appelées.

Telles sont, dit Berriat, *des Procédures spéciales,* § 1, note 18, les règles qui s'induisent naturellement des lois des 30 germ. an V et 16 vent. an XII, combinées avec la jurisprudence de la cour de cassation, à laquelle le Code de procédure ne paraît pas avoir dérogé; mais nous ajouterons que, depuis sa publication, elles ont été consacrées, de la manière la plus expresse, par un arrêt de la cour de Rennes, du 28 septembre 1808, et par un avis du conseil du Roi auquel la question a été soumise par le ministre de la justice, à l'occasion d'une affaire pendante devant le tribunal de Châteaubriand, entre le prince de Condé et deux autres parties, l'une des parties ne pouvant être représentée par un avoué, le tribunal n'en ayant que deux; l'avis est rapporté dans une lettre du ministre au secrétaire des commandements du prince, du 8 septembre 1824, et S. G. dit expressément que cet avis a reçu son approbation.

[Le point qui fait l'objet de cette note se trouve plus amplement traité au titre des renvois, *Quest.* 1337.]

la même cour royale, le règlement sera porté à la cour de cassation. (*Voy.* article 368.)

Si un différend est porté à deux ou plusieurs tribunaux de première instance ressortissant de la même cour royale, le règlement de juges sera porté à cette cour; il sera porté à la cour de cassation, si les tribunaux ne ressortissent pas tous de la même cour royale, ou si le conflit existe entre une ou plusieurs cours.

Ordonnance de 1669 et de 1737. — Voy. *infrà,* sur les art. 883 et 1028. — [Devilleneuve, v° *Règlement de juges,* n°s 1 à 31. — Carré, *Compétence,* 2e part., liv. XI, tit. V, art. 296, et tit. VI, art. 306. — Locré, t. 9, p. 161, 203 et 298 (1).]

CCCIII. Avant la publication du Code de procédure, toutes les demandes en règlement de juges devaient, en conformité des lois des 1er déc. 1790 et 27 vent. an VIII, être portées à la cour de cassation. Mais il résulte de la première disposition de l'article ci-dessus qu'elle ne peut plus connaître que des *conflits négatifs,* ainsi que nous venons de le dire *suprà* p. 186. Le même article établit, à l'égard des conflits positifs, une règle générale conforme à l'ordre hiérarchique des autorités judiciaires, et d'après laquelle la demande en règlement se porte toujours devant le tribunal immédiatement supérieur, et qui étend sa juridiction sur les deux tribunaux entre lesquels le conflit existe. Ainsi, lorsque le différend sera porté à deux ou à plusieurs tribunaux de paix, ressortissant du même tribunal d'arrondissement, ce sera ce tribunal qui prononcera sur le conflit.

Dans le cas contraire ce sera la cour royale, et, s'ils relèvent de deux cours différentes, ce sera la cour de cassation. Cet ordre est également suivi pour les tribunaux d'arrondissement, et toujours la cour de cassation est le dernier terme auquel on vient aboutir, parce qu'elle est la suprême conservatrice des lois du royaume, parce qu'elle est placée au-dessous du législateur, et que sa compétence ne reçoit point de limites. (*Rapport au corps législatif.*)

[1319 sexies. *Faut-il, pour que le conflit existe, que les deux tribunaux aient prononcé, en retenant ou renvoyant les causes, ou bien suffit-il qu'ils soient saisis?*

Carré examine cette question dans ses *Lois de la compét.,* 2e part., liv. Ier, tit. V, art. 296, et il n'hésite pas à se décider pour la première branche de cette alternative, avec Pigeau et Berriat.

Nous croyons que le texte de l'art. 363, *si un différend est porté,* ne peut laisser le moindre doute sur l'exactitude de cette solution. L'art. 364 est encore plus formel : *sur le vu des demandes.* Il suffit donc que les demandes aient été formées; il n'est pas nécessaire qu'elles aient déjà donné lieu à une continuité de jugements sur la compétence. *Melius est intacta jura servare quàm post vulneratam causam remedium quœrere.*]

[1319 septies. *Mais qu'est-ce qui constitue le conflit négatif?*

Pour que ce conflit ait lieu, l'existence de deux demandes ne suffit point, puisqu'il ne peut résulter que de décisions par lesquelles deux tribunaux refusent d'en connaître. On peut dire, avec Thomine, n° 414, que, dans ce cas, il n'y a pas lieu à se pourvoir en *règle-*

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[1° Il y a lieu à règlement de juges lorsque, par suite d'un sursis ordonné par le tribunal civil, après inscription de faux, le tribunal criminel refuse de statuer. (Cass., 29 therm. an X; Sirey, t. 2, p. 361.)

2° Il n'y a pas lieu à règlement de juges lorsque, sur une demande en interdiction, le tribunal, avant de statuer sur le fond, ordonne une convocation de parents. (Cass., 21 therm. an X.)

3° Il n'y a pas lieu à se pourvoir en règlement de juges, avant que les tribunaux entre lesquels le conflit peut s'élever soient saisis de la contestation; autrement ce serait non un règlement, mais une indication de juges. (Turin, 2 fév. 1812; Dalloz, t. 5, p. 295; Sirey, t. 14, p. 350, et t. 12, p. 196.)

4° On ne peut demander un règlement de juges entre deux chambres de la même cour, surtout après un arrêt qui statue définitivement au fond. (Cass., 17 juillet 1823.)

5° On peut former, devant la cour de cassation, une demande en règlement de juges, même quand on n'a pas formé cette demande devant la cour royale. (Cass., 17 juillet 1828; Sirey, t. 28, p. 288.)

6° Lorsque des biens vendus volontairement sont situés dans l'arrondissement de plusieurs tribunaux qui ressortissent d'une même cour d'appel, c'est à cette cour et non à la cour de cassation à déterminer devant lequel de ces tribunaux doit être porté l'ordre du prix des ventes. (Cass., 12 avril 1818.)

7° La cour de cassation est incompétente pour connaître d'une demande en règlement de juges formée par des officiers ministériels, poursuivis en matière de discipline. Leur demande ne peut être portée que devant le ministre de la justice. (Cass., 29 juillet 1823.)

8° Pour qu'il y ait lieu à règlement de juges, la loi n'exige pas que les exploits des deux instances soient de la même date. (Cass., 1er mars 1826; Sirey, t. 26, p. 460.)

9° La partie qui, sur l'assignation à elle donnée a constitué avoué, est recevable à se pourvoir en règlement de juges si son avoué n'a pas conclu au fond, et n'a fait que réserver formellement les droits à ses mandants. (Cass., 1er mars 1826; Sirey, t. 26, p. 460.)

10° La connaissance d'un conflit élevé entre le tribunal de première instance et l'ordre des avocats près ce tribunal relativement à la nomination d'un bâtonnier, appartient à la cour de laquelle le tribunal ressortit. (Orléans, 4 mars 1837; Sirey, t. 37, p. 234.)]

ment, mais bien plutôt en *indication* de juges, parce que le refus des deux tribunaux auxquels elles se sont adressées laisse les parties sans juges.

Mais il faut que cette absence de juges soit bien réelle, sans quoi l'action serait sans but. Si donc il reste quelque moyen d'obtenir des juges, on doit l'employer avant que de recourir à la demande en indication; il ne suffit pas pour qu'il y ait lieu à conflit négatif que deux tribunaux ou un plus grand nombre se soient déclarés incompétents, il faut qu'un de ces tribunaux soit véritablement le seul compétent; de là vient que la cour de Turin a jugé, le 18 juill. 1809, qu'il n'y a pas conflit négatif de juridiction, lorsqu'après la déclaration d'incompétence par les tribunaux civils et par l'administration, l'affaire est portée devant un tribunal de commerce qui s'en attribue la connaissance, et que, par conséquent, celui-ci n'est pas tenu, avant de statuer au fond, d'attendre que la compétence ait été réglée.

De là vient encore que la demande en indication de juges sur conflit négatif n'est admissible qu'après que les deux jugements d'incompétence sont passés en force de chose jugée, parce que, tant que l'appel est possible, on a encore des juges à espérer. La cour de cassation l'a ainsi jugé sur les conclusions conformes de M. Nicod, avocat général, le 3 mai 1837. On décide directement le contraire (*voy.* la *Quest.* 1324 *infrà*), en matière de conflit positif, où la voie du règlement de juges est fermée, aussitôt que les jugements ne sont plus susceptibles d'appel. La raison de cette différence est fort simple : c'est que le conflit *negatif* ne peut commencer à exister que lorsqu'il n'y a plus moyen d'obtenir des juges par les voies ordinaires, tandis que le conflit positif n'existe plus, du moment que les instances sont terminées.]

[**1319** octies. *L'art.* 363, *C. proc., n'est-il applicable qu'aux conflits positifs? La cour de cassation demeure-t-elle seule compétente pour les conflits négatifs?*

Carré, au préliminaire de ce titre, et au commentaire de l'art. 363, enseigne que la cour de cassation est seule compétente pour statuer sur les conflits négatifs, quels que soient les tribunaux contre lesquels ils s'élèvent. Dans ses *Lois de la Compétence*, *loco citato*, il reproduit la même doctrine avec quelques développements; et il l'appuie de cette considération : qu'avant le Code de procédure, la cour de cassation connaissait exclusivement de tous les conflits, et que, si l'art. 363 est venu déroger à la législation qui l'investissait de ce pouvoir, cette dérogation ne peut atteindre du moins que les cas prévus par cet article. Or, le conflit positif est le seul dont il s'occupe.

Carré néanmoins déplore cet oubli du législateur, et fait remarquer que les mêmes raisons qui ont fait attribuer les règlements de juges aux cours royales et aux tribunaux, suivant les cas, militeraient aussi pour que ces cours et tribunaux connussent des indications de juges.

Il nous semble que les plaintes de Carré sont mal fondées, et que ce qu'il voudrait voir dans l'art. 363 s'y trouve réellement. En effet, pour que l'on pût dire que les conflits négatifs ne sont pas régis par sa disposition, il faudrait prouver que le texte les exclut; à notre sens il n'en est rien. L'article dit : *si un différend est porté à deux ou plusieurs*, etc. Ces mots nous paraissent comprendre dans leur généralité les conflits négatifs; car, pour que ces conflits aient lieu, il faut bien que le différend *soit porté* à deux ou plusieurs tribunaux. Il n'y aurait d'exclusion véritable qu'autant que l'art. 363 se serait ainsi exprimé : *lorsque deux tribunaux retiendront la connaissance d'une demande*.

Mais, nous le répétons, ses termes sont trop généraux pour favoriser l'interprétation restreinte que Carré a cru devoir leur donner.

Nous pensons donc que toutes les règles de l'art. 363 sont applicables au conflit négatif, et qu'il doit être vidé par les tribunaux civils, par les cours royales ou par la cour de cassation, suivant les distinctions posées par les divers paragraphes de cet article.

Dalloz, t. 5, p. 275, sans examiner positivement la question, la résout implicitement dans le même sens que nous. Thomine, n° 413, n'hésite pas à se prononcer, de la manière la plus formelle, contre l'opinion de Carré. Et enfin, la cour de cassation nous paraît avoir tranché la difficulté par un arrêt du 26 mars 1838 (Sirey, t. 38, p. 377), où elle répudie complétement cette juridiction exclusive que Carré lui attribuait, en rejetant le pourvoi contre un arrêt de la cour de Dijon qui avait statué, par voie de règlement de juges, sur un conflit négatif entre le tribunal civil et le tribunal de commerce de son ressort.]

1320. *Quel est le caractère que doit avoir une cause pour qu'elle donne lieu au règlement de juges, conformément à l'art.* 363?

Il faut que le différend porté à deux ou à plusieurs tribunaux constitue, par son objet, une seule et même cause, ou du moins une autre cause essentiellement connexe. Cette identité, cette connexité d'objet suffisent pour qu'il y ait lieu à règlement de juges, la cause fût-elle soutenue par la même personne et contre *deux particuliers* différents. [(Cass., 29 mai 1838; Sirey, t. 38, p. 539.)] C'est qu'en effet l'art. 363 n'exige pas qu'il y ait *identité* de personnes pour que la demande en règle-

ment soit accueillie. (*V*. Berriat, 1er cas, note 2, et cass., 28 déc. 1807; Dalloz, t. 5, p. 292; Sirey, t. 8, p. 136.)

[Ces principes sont admis, avec raison, par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 635, Favard, t. 4, p. 794, nos 1 et 2, Dalloz, t. 5, p. 275, et Thomine, n° 416. L'existence de la connexité entre plusieurs demandes n'est pas toujours facile à apprécier. C'est un point de fait dont la décision dépend de mille circonstances diverses, et sur lequel, par conséquent, on ne peut donner de règles fixes. Il faut se borner à prendre connaissance des arrêts intervenus sur les espèces diverses présentées aux tribunaux. Nous en avons déjà rapporté plusieurs à la note *Jurisprudence* de l'art. 171. Nous joignons ici ceux qui ont un rapport plus spécial à la matière que nous traitons.

1° Il y a lieu à règlement de juges lorsque plusieurs demandes, fondées sur le même titre et sur les mêmes moyens, sont portées séparément devant divers tribunaux, à raison de la différente situation des biens litigieux, et, dans ce cas, la connaissance du litige doit être renvoyée au tribunal dans le ressort duquel se trouve la majeure partie de ces biens. (Cass., 27 avril 1811, Sirey, t. 20, p. 453, et 20 fév. 1833.) Mais comme le dit Carré dans ses *Lois de la Compét.*, 2e part., liv. II, tit. V, *Quest.* 339, cette voie n'est pas indispensable, et l'on peut se borner à conclure à la déclaration d'incompétence de la part des tribunaux mal à propos saisis. (V. *infrà*, la *Quest.* 1322.)

2° Il y a également connexité, et par conséquent lieu à règlement de juges entre deux demandes dont l'une tend à faire annuler des ventes consenties à un tiers qu'on prétend n'être pas propriétaire sérieux, et dont l'autre, formée par le propriétaire, a pour but de demander la radiation d'inscription prise sur les biens vendus par la partie qui demande l'annulation de la vente. (Cass., 5 mai 1829; Sirey, t. 29, p. 248.)

3° Il en est de même lorsque devant les deux tribunaux, où, soit la même cause, soit des causes connexes se trouvent portées, on a pris les mêmes conclusions au principal. (Cass., 4 août 1818.)

4° Celui-là même qui a introduit les deux instances peut se pourvoir en règlement de juges. (Colmar, 21 mars 1807.) Un arrêt de la cour de cass., du 4 pluv. an XII (Dalloz, t. 5, p. 287; Sirey, t. 4, p. 100) a jugé le contraire; nous préférons la doctrine de la cour de Colmar, par le motif que fort souvent le demandeur peut être forcé d'assigner deux défendeurs pour une cause connexe devant le tribunal du domicile de chacun d'eux.

5° A plus forte raison en a-t-il le droit, lorsque, ayant assigné deux parties devant deux tribunaux, il essuie, de la part de l'une et de l'autre, une exception qui tend à faire statuer les deux tribunaux sur un même objet. (Cass., 3 pluv. an X; Sirey, t. 2, p. 430; Dalloz, t. 14, p. 257.) Cette solution est unanimement approuvée par les auteurs cités plus haut, et par Merlin, *Quest.*, v° *Règlement de juges*, § 2, et *Rép.*, *eod.*, § 1, n° 7.

Mais au contraire, il n'y a point connexité, ni lieu à règlement de juges :

1° Lorsqu'une partie, assignée devant un tribunal en ratification d'un acte de l'état civil, assigne son adversaire devant un autre tribunal pour voir dire que la demande de celui-ci n'est pas fondée; ce n'est là qu'une exception déclinatoire mal à propos portée devant un tribunal non saisi de la demande principale (Cass., 5 mars 1833; Sirey, t. 33, p. 390);

2° Lorsque les mêmes immeubles sont vendus devant un tribunal sur folle enchère poursuivie contre les adjudicataires, et devant un autre sur licitation entre ces derniers, si le tribunal saisi de la folle enchère n'a rien statué sur la licitation, ni celui de la licitation sur la folle enchère (Cass., 9 janv. 1834; Sirey, t. 34, p. 192);

3° Lorsqu'un tribunal est saisi par un fermier d'une demande à fin de réduction du prix du bail, et qu'un autre tribunal est saisi par le représentant du propriétaire d'une demande en nullité de ce même bail (Cass., 3 juillet 1810; Dalloz, t. 5, p. 283; Sirey, t. 20, p. 505);

4° Lorsque devant un tribunal se trouve portée la demande en résiliation d'un contrat constitutif d'une rente viagère, et qu'on poursuit devant un autre l'exécution de ce contrat (Cass., 4 juin 1817; Dalloz, t. 5, p. 284, et t. 14, p. 260; Sirey, t. 17, p. 284);

5° Lorsqu'une instance se trouve pendante devant un tribunal à fin de distribution de deniers, et qu'une autre instance est portée devant un tribunal différent, de la part d'une partie qui ne figure pas dans la première, et qui demande un privilége sur toute la somme (Cass., 21 juin 1820; Sirey, t. 20, p. 418; Dalloz, t. 14, p. 261).]

[**1320 bis.** ***La nomination de deux tuteurs à un même mineur, faite par deux juges de paix ressortissant de deux tribunaux différents, donne-t-elle lieu à règlement de juges?***

Telle est la question traitée par Carré, dans la consultation inédite qu'on va lire :

« Le conseil soussigné, qui a pris lecture de la consultation par lui précédemment délibérée et du jugement contraire rendu par le tribunal civil de Guingamp, le 24 avril dernier;

» Consulté sur la question de savoir : 1° S'il y a lieu à appeler du jugement rendu par ce tribunal, en ce qu'au lieu de faire droit dans les conclusions du demandeur, il a renvoyé les

parties à se pourvoir en règlement de juges devant la cour royale de Rennes;

» 2° Si, au contraire, il convient d'acquiescer à ce jugement en formant le pourvoi;

» 3° Si enfin il ne convient pas que la partie se pourvoie en appel, et subsidiairement en règlement de juges;

» Est d'avis sur la 1re question, de persister dans l'opinion qu'il avait précédemment émise, mais sans dissimuler que la raison d'après laquelle le tribunal de Guingamp a cru devoir prononcer autrement ne peut être réfutée par des moyens tellement évidents que l'on puisse garantir le succès de l'appel.

» Il s'agit de deux nominations de tuteur à la même mineure faites en remplacement du premier tuteur décédé, devant deux juges de paix ressortissant de deux tribunaux différents, et il est évident, d'après un arrêt de la cour de cass. du 29 sept. 1809 (Sirey, t. 10, p. 62), et telle est aussi l'opinion de Toullier, t. 2, n° 1114 (*voy.* dans ce sens Brux., 8 mai 1824, et 14 novembre 1829), que la seule nomination valable est celle qui a eu lieu devant le juge de paix du canton où s'était opérée la première dation de tuteur qui avait été faite à la mineure; d'un autre côté, il ne paraît pas contesté que cette première dation l'ait été au Ponthou.

» Cependant un tuteur a été nommé en remplacement tant au Ponthou qu'à Guingamp.

» Consultés sur la question de savoir quelle était la marche à suivre pour que la nomination du Ponthou prévalût suivant le vœu de la loi, les soussignés ne crurent pouvoir ni conseiller la demande en règlement de juges, ni le pourvoi autorisé par l'art. 883, C. proc., ni l'appel; ils en donnèrent en droit les raisons suivantes :

» 1° D'après l'art. 363 du Code de procéd., » la demande en règlement de juges n'a lieu » qu'à l'égard des contestations ou affaires con- » tentieuses sur lesquelles doit intervenir juge- » ment entre parties litigantes, et non pas à » des actes qui, comme la *dation de tutelle,* » sont de juridiction non contentieuse;

» 2° Qu'il n'y avait pas lieu, dans l'espèce, » de procéder conformément à l'art. 883, puis- » qu'il ne s'applique qu'au cas où la délibéra- » tion d'un conseil de famille est sujette à ho- » mologation, et qu'il n'accorde, d'ailleurs, le » pourvoi qu'aux membres de l'assemblée con- » tre l'avis desquels sa délibération a été » prise;

» 3° Que l'on ne pouvait aussi se pourvoir par » appel, puisqu'il ne peut avoir lieu qu'à l'égard » d'une décision judiciaire, et non contre un acte » de juridiction non contentieuse; que d'ail- » leurs, s'il eût été possible de prendre dans l'es- » pèce cette voie de se pourvoir contre les » jugements, les parties eussent pu se retrouver » dans la même position qu'auparavant, puis- » que chacune d'elles eût pu se rendre appe- » lante, en sorte que deux différents tribunaux » eussent pu maintenir chacun la nomination » faite devant le juge de son ressort;

» 4° Qu'enfin ces derniers motifs s'appli- » quaient également à l'opposition. Dans cet » état, la raison et l'analogie des règles de » compétence et de procédure parurent aux » soussignés indiquer à l'aïeule maternelle » nommée au Ponthou une marche qui réunis- » sait l'avantage d'être en harmonie avec la loi, » d'économiser les frais et de conduire promp- » tement à une décision véritablement ur- » gente; c'était d'assigner, à la requête de cette » ascendante compétemment et légalement ap- » pelée à gérer la tutelle d'après l'arrêt de » cassation ci-dessus cité, le tuteur nommé à » Guingamp, devant le tribunal de cette ville, » qui est le juge de l'arrondissement dans le- » quel il a été nommé, de conclure, dans cette » assignation, à ce qu'il lui fût fait défense de » s'immiscer en rien dans la tutelle. »

» On pensait que, sur cette assignation, le défendeur ne manquerait pas de se prévaloir de la délibération qui l'a nommé, et qu'alors le débat sur la légalité de cette délibération s'élèverait devant le tribunal même duquel ressortit le juge de paix qui a présidé le conseil de famille, tribunal essentiellement compétent pour annuler les actes de ce juge de paix.

» Mais ce n'est pas ainsi qu'on a procédé : par ses conclusions, l'aïeule maternelle a demandé que le tribunal déclarât le juge de paix de Guingamp incompétent, et prononçât la compétence du juge de paix du Ponthou, et en conséquence le tribunal a considéré la demande comme un règlement de juges porté devant lui, et l'a rejetée, en conformité de l'art. 363 du Code de procédure, d'après lequel la demande en règlement doit être portée devant la cour, lorsque les deux juges de paix en conflit ne ressortissent pas d'un même tribunal d'arrondissement.

» L'assignation est à peu près conçue de la même manière.

» Mais on y conclut qu'il soit fait défense au sieur de Quélen de prendre la qualité de tuteur de la mineure Stéphanie ni d'en exercer les fonctions; ce qu'on a établi, soit dans l'assignation, soit dans les conclusions notifiées.

» Il est à remarquer en outre que l'on ne pouvait se pourvoir en règlement non-seulement, comme on l'a déjà dit, parce qu'il n'y avait rien à juger, mais encore parce que la cour n'eût pu régler de juges qu'en prononçant elle-même sur le mérite de l'une des deux délibérations, puisqu'elle n'eût pu que désigner le juge de paix devant lequel on eût eu à se pourvoir de nouveau pour faire nommer un tuteur; or c'eût été un circuit de procédure aussi vicieux que frustratoire.

» Tels sont les motifs pour lesquels on per-

siste à penser que le sieur de Quélen, nommé tuteur à Guingamp, n'ayant en sa faveur qu'un titre vicieux, qui ne consistait point d'ailleurs dans un jugement, il était prudent de se pourvoir par action principale, ce qui d'ailleurs semble concilier tous les principes.

» Par suite de ce qui précède, les soussignés estiment, sur la 2e question, que, le jugement ayant été mal rendu, en ce qu'il envoie à se pourvoir en règlement de juges, quoiqu'il n'y eût ni jugement à rendre, ni tribunaux en conflit, il serait à craindre que la cour déboutât elle-même de la demande qui serait uniquement formée contre elle à cette fin, ce qui exposerait la dame Lamdé aux dépens de cette demande, en même temps qu'en acquiesçant au jugement de Guingamp, elle aurait à supporter ceux de ce jugement.

» Sur la 3e question, que dans l'état, on doit appeler de ce jugement, mais *subsidiairement* et, en cas de confirmation du tuteur, se pourvoir, non pas en règlement de juges pour faire décider, comme l'a supposé le tribunal, lequel des deux juges de paix était compétent ou non, afin de renvoyer devant l'un d'eux pour procéder à une nouvelle nomination, mais pour faire déclarer par lequel des deux tribunaux, de Guingamp ou de Morlaix, doit être jugé le point de savoir si la délibération de Guingamp ne doit pas être annulée.

» Fait et délibéré à Rennes, le 20 juin 1818. »

Il est remarquable qu'une espèce aussi bizarre que celle qui a donné lieu à la consultation ci-dessus se soit représentée, à quelques années de distance, devant la cour de cassation.

Par son arrêt du 18 juillet 1826, la cour suprême a adopté le système de Carré, et a cassé un arrêt de la cour de la Guadeloupe, qui avait renvoyé les parties à se pourvoir en règlement de juges. Elle a décidé que l'action intentée par l'un des tuteurs contre l'autre pour le faire renoncer à la tutelle, et portée devant le tribunal d'où ressortissait le juge de paix qui avait présidé à la nomination de celui-ci, était parfaitement régulière, et que telle était la véritable marche à suivre. Le tribunal, saisi de cette question, aurait jugé si ou non le tuteur attaqué avait été compétemment nommé. S'il n'avait pas trouvé sa nomination valable, il lui aurait fait défense d'exercer la tutelle; si, au contraire, il l'avait maintenue, c'eût été à ce dernier à intenter contre l'autre la même action; alors, en cas de contrariété de jugement, on se serait conformé à l'art. 504, C. proc.]

1321. ***Peut-il y avoir lieu au règlement de juges entre des tribunaux de commerce?***

[Quid *entre un tribunal civil et un tribunal de commerce?*]

Lepage, p. 255, propose cette question, attendu que l'art. 363 ne parle que du conflit qui s'élève, soit entre des justices de paix, soit entre des tribunaux de première instance, soit entre des cours, et qu'il garde le silence à l'égard des tribunaux de commerce : il se prononce pour l'affirmative. Et, en effet, il est évident que, dès qu'il peut exister conflit entre ces tribunaux, la demande en règlement de juges est autorisée ; ils sont d'ailleurs compris sous la dénomination de tribunaux de première instance. Aussi, la cour de cassation a-t-elle consacré la décision de Lepage, en prononçant, par arrêt du 23 déc. 1807 (Sirey, t. 9, p. 67), un règlement de juges entre le tribunal de commerce de Lyon et celui d'Orléans (1).

[Un autre arrêt de la cour de cassation du 6 avril 1808 (Sirey, t. 8, p. 241; Dalloz, t. 5, p. 336), a encore corroboré cette jurisprudence, qui obtient l'assentiment de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 637, de Favard, t. 4, p. 794, n° 1, et de Thomine, n° 416.

Mais si l'identité de deux causes pendantes devant deux tribunaux de commerce, donne incontestablement lieu au règlement de juges, en serait-il de même dans le cas où les deux causes auraient été introduites, l'une devant un tribunal de commerce, l'autre devant un tribunal civil?

L'affirmative a été jugée par arrêts de la cour de Paris du 23 octobre 1812 (Dalloz, t. 5, p. 284; Sirey, t. 14, p. 345), et de la cour de cass. du 20 juill. 1815 (Dalloz, t. 5, p. 281; Sirey, t. 15, p. 379), qui ont accueilli des demandes en règlement dans des espèces de cette nature. Elle résulte aussi de ce que dit Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 637, où il suppose que les demandes ou *l'une d'elles* est portée devant un tribunal de commerce.

Mais Victor Foucher, dans son édition des *Lois de la Compét.*, de Carré, t. 5, p. 46, distingue entre le cas de litispendance et celui de connexité.

« S'il y a litispendance entre un tribunal de commerce et un tribunal civil, nécessairement, dit cet auteur, l'un des deux sera incompétent

---

(1) Dans le cas où il s'agit d'une demande en indication de juges de commerce, la cour doit renvoyer devant le tribunal civil, attendu que les parties se trouvent dans le même état que s'il n'y avait pas de juges de commerce dans l'arrondissement.

[Le 13 avril 1837, la cour de Colmar a jugé positivement le contraire, en disant que, lorsqu'il y a dans un arrondissement un tribunal de commerce, le tribunal civil se trouve dessaisi de toutes les affaires commerciales; et que la position particulière des juges de commerce ne peut priver les parties du bénéfice de cette juridiction : qu'il faut donc les renvoyer devant le tribunal de commerce le plus voisin. Cette décision nous paraît bien rendue.]

ratione materiæ : or, dans le cas d'une telle incompétence, il n'y a d'autre voie à suivre que celle du déclinatoire. »

Nous n'admettons pas ce principe. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 635, enseigne avec raison, que le règlement de juges a lieu dans le cas des deux incompétences, personnelle ou matérielle.

Et pourquoi n'aurait-il pas lieu? est-ce qu'il ne peut pas arriver que le déclinatoire ne soit point admis? On a, il est vrai, la ressource de l'appel. Mais si les deux tribunaux ne dépendent pas de la même cour, cette ressource est illusoire. Le conflit peut s'établir entre les deux cours comme entre les tribunaux inférieurs. Enfin, n'est-il pas dans l'esprit de la loi, lorsqu'elle offre aux parties la voie du règlement de juges, de leur éviter les lenteurs et les incertitudes de la procédure à laquelle Foucher veut les soumettre? Nous croyons donc certain que les parties ont l'option entre ces deux voies, comme l'enseigne Carré, *Quest.* 728, sur l'art. 171, C. proc.

Passant à la connexité, Foucher fait observer que si elle suffit pour donner lieu au règlement de juges entre deux tribunaux civils, il n'en peut être de même lorsque l'un des deux est un tribunal consulaire; parce que, bien qu'il puisse y avoir des rapports entre l'une et l'autre cause, elles n'en doivent pas moins être jugées séparément à cause de leur nature diverse, commerciale et civile. Le mode de procéder est différent devant les deux juridictions, d'autres principes y sont admis, la qualité des parties n'y est plus souvent la même. Le renvoi des deux affaires devant l'une des deux juridictions saisies, aurait, dit-il, pour résultat de confondre tous ces principes et de faire juger par le tribunal civil des matières commerciales, ou *vice versâ*.

Cette seconde partie de l'opinion de Foucher, nous paraît admissible. (*Voy.* notre *Quest.* 1527.)]

1322. ***Dans tous les cas où la même affaire ou une affaire connexe se trouve soumise à deux tribunaux différents, est-on nécessairement obligé de former une demande en règlement de juges?***

Nous croyons que deux voies se présentent à la partie qui ne veut plaider qu'en un seul tribunal : premièrement, elle peut proposer son déclinatoire, et appeler, en cas de rejet (*voy.* art. 454); secondement, elle peut former sa demande en règlement de juges devant l'autorité compétente (1).

[Cette opinion, partagée avec raison par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 634, et Thomine, n° 414, a été consacrée par un arrêt de la cour de Nanci, du 26 avril 1827, qui décide que la voie du règlement n'est point forcée, mais facultative.]

1323. ***Le Code de procédure a-t-il dérogé à la disposition de l'ordonnance de 1737, qui autorise la partie qui a été déboutée d'un déclinatoire par elle proposé, sans qu'il y ait eu conflit entre deux tribunaux, à se pourvoir en règlement de juges devant la cour de cassation?***

L'art. 19 de l'ordonnance de 1737, porte que la partie qui aura été déboutée d'un déclinatoire par elle proposé dans la cour ou dans la juridiction qu'elle prétendra incompétente, et de la demande en renvoi dans une autre cour ou dans une juridiction d'un autre res-

---

(1) Nous ferons observer ici qu'une fois le règlement prononcé, la voie du déclinatoire ne serait plus admise; car ce qui a été décidé irrévocablement par l'autorité compétente ne saurait être remis en question. Il y a, d'ailleurs, une foule de cas dans lesquels l'autorité qui aurait prononcé le règlement se trouverait être celle-là même qui serait chargée de statuer sur l'appel du jugement intervenu sur le déclinatoire proposé après la prononciation du règlement; or cette autorité ne pourrait se réformer.

Mais supposons qu'au lieu de demander d'abord le règlement de juges, on eût opposé un déclinatoire qui eût été rejeté sur l'appel; n'en résultera-t-il pas que la cause sera pendante en deux tribunaux? Ne pourra-t-on pas alors recourir au règlement de juges?

Nous ne pensons pas, ainsi que nous l'avons dit sur la 728e *Quest.*, que cette faculté soit accordée à la partie qui a succombé sur l'appel, si toutefois le tribunal, qui aurait décidé sur cet appel que les premiers juges garderaient la connaissance de l'affaire, était aussi celui auquel on devrait porter la demande en règlement de juges. Ici notre opinion est fondée sur cette raison, que nous avons déjà donnée, qu'un tribunal ne peut se réformer lui-même.

Il en serait autrement, si le tribunal d'appel n'était pas le même que celui auquel le règlement de juges devrait être demandé. [Carré, comme on le voit, se range ici à l'opinion par laquelle nous avons essayé de modifier sa solution, sur le n° 728.]

Mais si l'on a, pour éviter de plaider devant deux tribunaux, les deux voies que nous venons d'indiquer, nous devons avertir de l'inconvénient que pourrait entraîner la préférence donnée au déclinatoire sur le règlement; c'est qu'il se pourrait que celui des deux tribunaux, relativement auquel la demande en renvoi, ou, en cas de rejet, l'appel n'est point suspensif, continuât d'instruire et passât au jugement; que, d'un autre côté, le demandeur en renvoi ayant succombé dans son appel, fût obligé de soutenir une seconde fois le même procès devant le tribunal qu'il aurait voulu décliner. L'on doit conclure de là que deux ou plusieurs tribunaux étant une fois saisis d'un différend, la demande en règlement est le plus sûr parti qu'on puisse prendre.

Mais lorsque, sur le déclinatoire proposé par l'une des parties, les premiers juges se sont dépouillés de la connaissance du procès, le défendeur au déclinatoire ne peut se pourvoir en règlement de juges. En ce cas, la voie d'appel est la seule qui lui soit ouverte. (Cass., 25 therm. an XII; Sirey, t. 7, p. 879, et 16 brum. an XIII; Sirey, t. 7, p. 980, 1165 et 1012.)

[La raison en est frappante; c'est qu'alors il n'y a plus de conflit, l'un des deux tribunaux s'étant dessaisi.]

sort, pourra se pourvoir au conseil (aujourd'hui cour de cassation).

Il est évident qu'en ce cas il n'existe point de conflit entre deux tribunaux, puisqu'un seul est *saisi* de la contestation; or, l'art. 363 suppose un tel conflit: cet article est donc étranger au cas prévu par l'ordonnance, qui n'a subi aucune dérogation, et qui, conséquemment, doit être suivie. Par suite de conséquences, il y a lieu à se pourvoir en règlement de juges devant la cour de cassation, ainsi qu'elle l'a décidé par arrêt du 30 juin 1807.

[Deux nouveaux arrêts de la cour de cassation ont consacré la même doctrine; ils sont sous les dates des 20 janv. 1818 (Dalloz, t. 5, p. 445; Sirey, t. 18, p. 211), et 14 mars 1826 (Sirey, t. 26, p. 409). Elle est embrassée d'ailleurs par Favard, t. 4, p. 795, n° 4, et Dalloz, t. 5, p. 276. Favard et Carré, *loc. cit.*, *Lois de la compét.*, font observer qu'il en résulte cette singularité, que, dans cette hypothèse sans doute unique, notre législation admet trois degrés de juridiction; car l'art. 19 de l'ordonnance permet de former le pourvoi en règlement, non-seulement après le jugement qui rejette le déclinatoire, mais encore après le rejet de cette même exception, par arrêt soit infirmatif, soit confirmatif de la décision des premiers juges. (Cass., 24 vend. an x, et 12 vend. an xi; Dalloz, t. 10, p. 441; Sirey, t. 3, p. 21.) Cet arrêt fut rendu sur les conclusions conformes de Merlin (voy. *Quest.*, v° *Domicile*, § 4).

Mais comme la disposition de l'ord. de 1737 sur laquelle elle s'appuie doit être restreinte dans ses termes, il s'ensuit que la faculté du règlement n'est accordée qu'à la partie qui demande son renvoi devant une autre cour supérieure, ou devant un tribunal dépendant d'un autre ressort; ainsi que l'a jugé la cour de cassation, le 19 juill. 1828 (*Manuel de la cour de cassation*, de Godard de Saponay, p. xlvi, édit. de Tarlier, et Bull. de cass. de Belgique, t. 1er, p. xlvi de l'introduction); si la juridiction devant laquelle le renvoi serait demandé était dans le même ressort, on n'aurait d'autre recours que celui de l'appel et du pourvoi en cassation suivant les formes ordinaires, formes à la vérité beaucoup plus longues et plus coûteuses que celles du pourvoi en règlement de juges; c'est au reste ce que la même cour a décidé le 15 avril 1817 (Dalloz, t. 5, p. 282; Sirey, t. 17, p. 231), et le 28 déc. 1829 (Sirey, t. 30, p. 12).

Remarquons que la cour de cassation ne puisant son pouvoir, pour le renvoi d'un tribunal à un autre ressortissant de deux cours différentes, que dans la juridiction et la suprématie qui lui appartiennent sur tous les corps qui font partie de l'organisation judiciaire du royaume, il s'ensuit qu'on ne peut s'adresser à elle par la voie du règlement pour faire renvoyer devant l'autorité administrative ou devant un tribunal étranger. (Cass., 25 janv. 1825, Sirey, t. 25, p. 196, et 30 mai 1827, Sirey, t. 27, p. 425. — V. *infrà*, notre *Quest.* 1326 *quater*.) C'est par suite du même principe que la cour de Paris avait jugé le 23 therm. an xii (Dalloz, t. 5, p. 282; Sirey, t. 7, p. 944), qu'il n'y a pas lieu à règlement de juges lorsqu'il s'agit de la compétence respective de deux tribunaux qui appartiennent à des puissances indépendantes.]

1324. ***Mais la demande en règlement serait-elle recevable, ainsi qu'il vient d'être dit, si le jugement qui aurait rejeté le déclinatoire avait statué sur le fond?***

Non, parce que l'article de l'ord. de 1737, cité sur la précédente question, n'autorise les parties déboutées du déclinatoire proposé par elles devant des tribunaux de première instance ou d'appel, à se pourvoir en règlement de juges à la cour de cassation, qu'autant qu'il a été statué sur le déclinatoire seulement, et que le fond est à juger; le règlement de juges supposant nécessairement des contestations à décider ultérieurement. (*V.* Cass., 21 niv. an xiii, et 22 vend. an xiv, 30 juin 1807; Dalloz, t. 5, p. 276; Sirey, t. 8, p. 229; 17 mars 1812, 7 août 1817; Dalloz, t. 5, 278; Sirey, t. 19, p. 68.)

Et cette décision n'est pas spéciale au cas de règlement de juges qu'autorise l'art. 19 de l'ord. de 1737; elle s'étend aussi à celui auquel donnent lieu les conflits prévus par l'art. 363, C. proc., en sorte qu'on ne peut plus se pourvoir par cette voie, lorsque l'un des deux tribunaux saisis a statué sur le fond par jugement passé en force de chose jugée (cass. 14 fév. 1828; Sirey, t. 28, p. 373); à plus forte raison lorsque tous les deux ont rendu ce jugement sur le fond. (Cass., 25 mai 1815. Dalloz, t. 5. p. 294, Sirey, t. 15, p. 396, et 17 juill. 1823.) Favard, t. 4, p. 794, n° 3, et p. 795, n° 5, et Thomine, n° 416, enseignent la même doctrine. Ce dernier auteur ajoute, avec raison, que, dans le cas où les deux tribunaux ont jugé différemment le fond, il ne reste plus que la voie de cassation, pour contrariété de jugement, suivant l'art. 504, C. proc. civ.

On décide même que la voie du règlement est interdite, lorsque les deux demandes sont devant divers tribunaux, l'une en première instance, l'autre en degré d'appel, parce qu'alors le défendeur peut opposer que le fond a déjà reçu jugement dans l'un des tribunaux. (Cass., 14 juin 1815; Dalloz, t. 5, p. 293; Sirey, t. 16, p. 270.)

Le jugement sur le déclinatoire, lorsqu'il est passé en force de chose jugée, élève également une fin de non-recevoir contre la demande en règlement: la cour de cass. l'a ainsi jugé, le 30 janv. 1817 (Dalloz, t. 5, p. 279; Sirey, t. 17, p. 111); le contraire a lieu en matière de conflit négatif. (*Voir* la *Quest.* 1319 *ter*, *suprà*.) Mais l'adjudication préparatoire d'un immeu-

ble saisi n'étant pas un jugement définitif sur l'instance en saisie immobilière, il s'ensuit que lorsqu'elle a eu lieu dans l'un des deux tribunaux où cette instance se poursuit simultanément, elle n'est pas attributive de juridiction et ne forme pas obstacle à une demande en règlement de juges. (Cass., 25 avril 1832; Sirey, t. 32, p. 378.)

1325. *Cette règle doit-elle recevoir son application, même dans le cas où la partie n'aurait pas contesté sur le fond?*

Un arrêt de la cour de cassation du 17 mars 1812 (Sirey, t. 12, p. 304) suppose nécessairement la négative, puisqu'il déboute le demandeur en règlement, attendu qu'il avait, en cause d'appel, contesté sur le fond, au lieu de se borner au déclinatoire, comme il l'avait fait en première instance; d'où suit évidemment que, s'il n'avait pas élevé cette contestation, la cour ne lui eût pas appliqué la règle ci-dessus posée.

D'un autre côté, la question a été formellement résolue dans le même sens, par un autre arrêt du 20 juill. 1815 (Sirey, t. 15, p. 379), lequel déclare que le droit de se pourvoir en règlement de juges ne peut être enlevé par un tribunal qui prononcerait sur le fond, auquel le demandeur en renvoi n'avait ni conclu ni plaidé.

Mais un arrêt intermédiaire rendu par la même cour, le 12 juill. 1814 (Sirey, t. 14, p. 172), déclare que « la régie qui autorise à » se pourvoir en règlement de juges, lorsque » l'exception d'incompétence a été rejetée, ne » s'applique pas au cas où la contestation a été, » en même temps que la compétence, jugée au » fond, tant en première instance qu'en appel, » attendu qu'il ne peut plus y avoir lieu à rè» glement de juges, toutes les fois qu'il n'y a » plus de contestation à juger. »

Sur cet arrêt, Sirey fait observer qu'il a été rendu dans une espèce où le demandeur en renvoi n'avait aucunement défendu au fond, et n'avait point étendu au mal *jugé* l'appel qu'il avait interjeté.

Si cette observation était entièrement exacte, il y aurait une opposition formelle entre cet arrêt et celui du 20 juillet 1815. Mais nous remarquons que le demandeur en règlement avait interjeté appel tant du jugement qui avait prononcé sur le déclinatoire, que du jugement qui avait statué sur le fond: alors peu importait qu'il eût ou non défendu au fond, puisqu'il avait saisi la cour de la contestation, par cet appel au fond.

Au contraire, dans l'espèce de l'arrêt de 1815, l'affaire n'était pas en appel, et le demandeur en règlement n'avait point conclu au fond.

Il n'y a donc aucune contradiction entre les différents arrêts que nous venons de citer; ils sont conformes aux principes, et avertissent une partie qui a opposé un déclinatoire en première instance, qu'elle doit se borner à appeler du jugement, ou de la disposition du jugement qui prononce sur le déclinatoire, pour, en cas de rejet, obtenir règlement devant la cour de cassation.

[Un autre arrêt de la cour de cass., du 8 juillet 1814 (Sirey, t. 15, p. 15), a encore jugé dans le même sens. Nous approuvons ces décisions, avec Favard, t. 4, p. 794, n° 5.]

1326. ***Ne doit-on recourir au règlement de juges, conformément à l'art. 363, qu'autant que la cause serait pendante à deux tribunaux non ressortissant à la même autorité supérieure?***

Autrement : ***Ne doit-on pas se borner à opposer le déclinatoire, lorsque la cause est pendante à deux tribunaux ressortissant à la même autorité supérieure?***

Delaporte, t. 1, p. 334, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 455, enseignent que, si la cause est pendante à deux tribunaux ressortissant à la même autorité supérieure, il y a lieu de proposer le déclinatoire, et non de recourir au règlement de juges. Ils n'admettent le conflit que dans le cas où deux tribunaux indépendants, et qui ne ressortissent pas à la même autorité, s'obstinent à retenir la même affaire.

Mais les tribunaux de première instance sont indépendants les uns des autres, quoique dans le ressort de la même cour d'appel: et, s'ils sont dans celui de deux cours différentes, ne sont-ils pas soumis, pour ce qui concerne la demande en règlement de juges, au même supérieur commun, à la cour de cassation?

La loi nous semble repousser la distinction des auteurs que nous venons de citer; et toutes les fois qu'il y a lieu de demander le règlement, on peut, à la vérité, essayer de l'obtenir par la voie du déclinatoire, en courant les risques que nous avons indiqués dans la 1322e *Quest.*, à la note, mais on peut aussi former directement la demande en règlement de juges, conformément à l'art. 363.

[La doctrine de Carré est aussi celle de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 635, de Demiau, p. 271, de Favard, t. 4, p. 797, n° 1, de Thomine, n° 414, et la nôtre.]

[**1326 bis.** ***Si le conflit existe entre deux tribunaux de degré inégal, par exemple entre un juge de paix et un tribunal civil de première instance, par qui doit-il être statué?***

Un arrêt de la cour de Rouen du 3 fév. 1818 (Sirey, t. 18, p. 129), a décidé que, dans ce cas, c'était à la cour de cassation et non à la cour d'appel à vider le conflit. Le motif sur lequel se fonde cet arrêt, est pris de ce que la cour royale n'a pas une égale juridiction sur les deux tribunaux en conflit, puisque l'un relève d'elle pour les appels tandis que l'autre,

le juge de paix, n'en ressortit point; et la même doctrine est enseignée par Dalloz, t. 5, p. 276. Par une extension de ce principe, quelques personnes ont prétendu que le conflit entre deux tribunaux ressortissant de la même cour ne pouvait être vidé que par la cour de cassation, lorsqu'il s'agit d'une affaire non sujette à l'appel; parce qu'alors les tribunaux ne relèvent plus de la cour, qu'ils ont une juridiction souveraine, et que leurs sentences ne peuvent être attaquées que par le pourvoi en cassation.

Cette raison nous paraît en opposition directe avec l'une des dispositions de l'art. 363. Ne prévoit-il pas en effet le cas où le conflit a lieu entre deux juges de paix non ressortissant du même tribunal? Est-ce à la cour de cassation que la connaissance en est attribuée? Non, c'est à la cour royale; et pourtant aucun des deux juges de paix ne ressortit de cette cour; leurs décisions ne peuvent jamais lui être déférées.

On voit donc que c'est aux rapports hiérarchiques des tribunaux entre eux et non pas à la circonstance que l'un relèverait immédiatement de l'autre pour les appels de ses jugements, que la loi s'est attachée pour attribuer la juridiction de conflit. Il faut en conclure, contrairement aux opinions mentionnées plus haut, que cette juridiction n'appartient pas moins à la cour royale, lorsque le conflit existe entre deux tribunaux de son ressort, encore que l'un soit plus élevé en degré que l'autre, encore que, relativement à la contestation qui pend à juger, l'un des deux ou tous les deux soient juges souverains.

Mais, en matière criminelle, les principes ne sont pas les mêmes. Il existe à cet égard des règles spéciales tracées par les art. 526 et 540, C. crim., et développées par la jurisprudence. (*V.* Dalloz, vº *Règlement de juges*, et deux nouveaux arrêts de cassation des 30 mars et 16 fév. 1837.)

[**1326** ter. *Y a-t-il lieu à règlement de juges, lorsque, depuis l'introduction de l'instance, le tribunal auquel elle avait été portée cesse de faire partie du royaume?*

Oui; il est nécessaire alors de désigner le tribunal ou la cour devant lesquels l'instance sera continuée, et les décisions que rendrait le tribunal étranger n'auraient aucune valeur entre les parties demeurées françaises, si toutefois il ne s'agissait pas d'une matière réelle dont la situation de l'objet litigieux eût attribué la connaissance aux juges premiers saisis.

C'est à la cour de cassation qu'il appartient de faire cette désignation, comme elle l'a jugé elle-même, les 5 déc. 1815 (Sirey, t. 16, p. 146), 8 avril 1818 (Dalloz, t. 2, p. 95, Sirey, t. 22, p. 217), 4 déc. 1821, 1er avril 1823 (Sirey, t. 25, p. 235), et 18 janv. 1825.)]

[**1326** quater. *Y a-t-il lieu à règlement de juges par la cour de cassation, lorsque le conflit s'élève entre le pouvoir judiciaire et l'administration?*

Cette question a toujours été décidée pour la négative, lorsqu'il s'agit d'un conflit positif. On peut voir notamment les arrêts des 14 germ. an XI, 8 vent. an XII, 22 vend. an XIV, 26 nov. 1806 et un décret du 21 sept. 1810 (Dalloz, t. 5, p. 272; Sirey, t. 4, p. 125). L'arrêt du 22 vend. an XVI est surtout remarquable, en ce que le grand juge lui-même avait déféré à la cour de cassation la décision du conflit existant entre les deux autorités, ce qui ne l'empêcha pas de se déclarer incompétente. (Voy. *suprà*, la *Quest.* 1325 *in fine*.)

C'est donc au conseil d'État qu'il appartient de statuer, comme le font observer Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 635, Favard, t. 4, p. 793 et vº *Conflit*, Thomine, nº 417, et Carré, *Lois de la Compét.*, 2e part., liv. II, tit. V, art. 297 (1).

Une ordonnance du 1er juin 1828 (Sirey, t. 28, p. 321), détermine les cas où cette espèce de conflit peut être élevé et les formes qui doivent être suivies.

Il est de jurisprudence constante au conseil d'État, qu'avant de l'élever, le préfet doit proposer le déclinatoire devant les tribunaux; c'est une formalité qui ne peut être suppléée par l'exception d'incompétence proposée par les parties elles-mêmes. (Ordonn. des 26 mai et 2 juin 1837.)

Toutefois, lorsque le conflit est négatif, c'est-à-dire lorsque le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif se déclarent respectivement incompétents, la partie qui pense que les tribunaux civils sont incompétents a le choix de se pourvoir devant le conseil d'État en règlement de juges, ou de demander à la cour de cassation l'annulation de l'arrêt qui a prononcé l'incompétence. De Cormenin, vº *Conflits*, énumère avec soin les diverses positions dans lesquelles peuvent se trouver les parties sur un conflit négatif.]

[**1326** quinquies. *Quel est le tribunal qui doit rester saisi?*

Cette question étant plutôt du domaine de la compétence que de celui de la procédure, il

(1) [* D'après la constitution belge, art. 106, c'est la cour de cassation qui prononce sur les conflits d'attributions, d'après le mode réglé par la loi. Cette loi, dont le besoin ne s'est guère fait sentir, grâce au principe de nos institutions qui ont rendu à chaque pouvoir ses justes prérogatives, n'a pas encore été soumise à la législature.]

n'entre pas dans notre plan de la traiter. Nous nous bornerons à renvoyer nos lecteurs à Dalloz, v° *Règlement de juges*.

Au reste, les notions les plus simples sur ce point sont celles que donne Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 639. Il faut suivre, dit-il, les règles de la compétence, de la connexité ou de la litispendance, selon que la demande en règlement est fondée sur une incompétence, une connexité, ou une litispendance. Ces règles ont été déjà exposées sous leurs articles respectifs.]

Art. 364. Sur le vu des demandes formées dans différents tribunaux, il sera rendu, sur requête, jugement portant permission d'assigner en règlement, et les juges pourront ordonner qu'il sera sursis à toutes procédures dans lesdits tribunaux.

Tarif, 78. — [Tar. rais., n°s 276 et 277.] — Ord. de 1669, tit. II, art. 4 et 5, et art. 7 et 8 de celle de 1737, *suprà*, art. 63. — [Devilleneuve, v° *Règlement*, n°s 32 et 33. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. II, tit. V, art. 296. — Locré, t. 9, p. 240.] — (*Voy.* Formules 319, 320 et 321.)

CCCIV. La demande en règlement de juges, non sujette à l'essai de conciliation, est d'abord formée par une requête que le demandeur présente au tribunal ou à la cour qui doit connaître du conflit. Cette requête, appuyée des pièces justificatives, est répondue par un jugement portant permission d'assigner : le même jugement peut ordonner qu'il sera sursis à toute poursuite et procédure, tant sur l'une que sur l'autre des demandes en conflit ; ce qui ne manque jamais d'arriver, quand les juges entrevoient que la demande en règlement est sérieuse.

1327. *La requête par laquelle la demande en règlement est formée doit-elle être lue en audience publique?*

Puisque la permission d'assigner en règlement de juges doit être accordée par jugement, aux termes de l'art. 364, il faut que la lecture de la requête soit faite à l'audience publique, et que les juges délibèrent sur cette requête de la même manière qu'ils le font pour une cause qui est plaidée devant eux. (*V.* Comm., *Ann. du Not.*, t. 2, p. 436.)

[Ne suffirait-il pas que, remise au président ou à l'un des juges, celui-ci en fît le rapport à l'audience, comme le dit Favard, t. 4, p. 797, n° 1?]

1328. *Comment le tribunal est-il mis à portée de statuer sur la requête?*

On est dans l'usage, dans quelques tribunaux, de laisser donner lecture de cette requête par l'avoué qui l'a souscrite ; dans d'autres, et c'est l'opinion de Hautefeuille, p. 196, cette requête est remise au président, qui en fait part au tribunal. Nous pensons que, dans l'espèce de l'art. 364, bien différente de celle qui a fait l'objet de notre 1272e *Quest.*, en ce que la partie adverse n'est point encore assignée, on peut, ou suivre l'opinion de Hautefeuille, ou remettre la requête au greffe.

[Ceci confirme l'observation que nous venons de faire sur la précédente question.]

1329. *La requête doit-elle être communiquée au ministère public?*

Les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 436, disent qu'encore bien que l'art. 83, § 4, veuille que le ministère public porte la parole dans les causes en règlement de juges, son intervention serait inutile dans le jugement dont il s'agit en l'art. 364, parce qu'il n'a pour objet qu'une voie préparatoire pour parvenir à l'instance à laquelle la demande en règlement doit donner lieu.

Nous remarquerons que l'art. 83 ne distingue pas, et qu'il peut exister des raisons pour lesquelles le ministère public pourrait s'opposer, soit à l'assignation au règlement, soit au sursis qui serait demandé par la requête.

Aussi, la plupart des auteurs disent-ils que la requête est communiquée au ministère public, qui met au pied la déclaration de *n'entendre empêcher* ou *de s'opposer*. (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 119, n° 148, Hautefeuille, p. 196.)

[C'est aussi, et avec raison, l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 636, Favard, t. 4, p. 797, n° 1, et Thomine, n° 417.]

1330. *Les juges auxquels la requête est présentee peuvent-ils refuser la permission d'assigner en règlement?*

Selon Demiau, p. 272, il suffit qu'on exhibe au tribunal deux exploits qui établissent qu'un différend est soumis à plusieurs tribunaux, pour qu'il soit obligé, sur ce seul fait, d'accorder la permission d'assigner devant lui en règlement de juges. Cet auteur se fonde sur ces termes impératifs de l'article : *il sera rendu jugement*.

Nous croyons bien aussi que le tribunal est obligé d'accorder la permission d'assigner, lorsqu'on lui présente deux exploits de demande qui établissent clairement qu'un même différend se trouve soumis à deux ou à plusieurs tribunaux. Décider autrement, ce serait prononcer *arbitrairement* et contre la disposition textuelle de la loi ; mais il n'en est pas moins vrai que le tribunal peut refuser la permission d'assigner, s'il est convaincu, à l'inspection des deux exploits, qu'il ne s'agit pas, soit d'une même demande, soit d'une demande essentiellement connexe à une autre (1).

---

(1) C'est par cette considération surtout, que nous avons résolu d'une manière affirmative la question qui

[Nous ne croyons pas qu'on puisse élever le moindre doute sur cette solution, qu'adoptent Favard, t. 4, p. 797, n° 1, et Thomine, n° 417.

1331. ***Mais le tribunal pourrait-il se refuser à ordonner le sursis à toutes les procédures dans les tribunaux en conflit?***

Les expressions de l'art. 364 prouvent que cette surséance est laissée à l'arbitrage du tribunal, qui peut la refuser, s'il y a lieu de présumer que la demande en règlement est susceptible d'être contestée par la partie adverse. (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 133; Demiau, *ubi suprà*.)

[Ceci est encore évident, et Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 119, n° 148, Favard, t. 4, p. 797, n° 2, et Thomine, n° 417, adoptent cette solution.

Si le sursis est ordonné, les procédures et jugements postérieurs seraient évidemment nuls, quelle que fût l'issue définitive de la demande en règlement; car les actes auraient été faits devant ou par des juges sans pouvoir reconnu.

Aussi, le 6 mai 1812 (Dalloz, t. 17, p. 535; Sirey, t. 13, p. 31), a-t-il été jugé par la cour de cassation qu'on doit annuler les actes de procédure faits, ainsi que les arrêts ou jugements rendus, au mépris de l'arrêt de la chambre des requêtes, qui, suivant les règles tracées par l'art. 13 du tit. II de l'ordonn. de 1737, a ordonné la communication de la requête en règlement, *toutes choses demeurant en état*. Cette jurisprudence a été suivie par la cour de Paris, le 21 juin 1833 (Devill., t. 33, 2°, p. 523).

Mais la simple demande en règlement ne peut opérer le sursis avant que la requête ait éte répondue et que l'arrêt ait été communiqué. (Toulouse, 8 août 1827; Sirey, t. 28, p. 109.)]

1332. ***Le jugement qui accorde la permission d'assigner doit-il contenir l'énoncé des points de fait et de droit, ainsi que les motifs, conformément à l'art.* 141?**

Pigeau, t. 1, p. 119, n° 148, aux notes, dit que l'art. 141 ne se rapporte qu'aux jugements rendus après contestation, et non à ceux qui seraient rendus sur requête. Néanmoins, ajoute-t-il, on peut appliquer à ceux-ci les motifs de la loi : il est bon d'y étendre cet article.

On sentira, d'après ce que nous avons dit, t. 1, p. 505, *Quest.* 595, à la 1re note, que nous partageons cette opinion; mais nous ne croirions pas que l'on pût opposer, dans l'espèce actuelle, la nullité du jugement qui ne serait pas strictement conforme à l'art. 141.

[Nous partageons cet avis.]

Art. 365. Le demandeur signifiera le jugement, et assignera les parties au domicile de leurs avoués (1).

Le délai pour signifier le jugement et pour assigner sera de quinzaine, à compter du jour du jugement.

Le délai pour comparaître sera celui des ajournements, en comptant les distances d'après le domicile respectif des avoués.

Tarif, 29. — [Tar. rais., n° 278.] — Ord. de 1737, tit. II, art. 1, 9 et 10, et ord. de 1669, tit. II, art. 1 et 6. — [Locré, t. 9, p. 240.] — (*Voy.* Formule 322.)

CCCV. Le demandeur en règlement lève au greffe expédition du jugement par lui obtenu, pour le signifier avec assignation aux fins de sa requête.

Les parties assignées ne doivent pas recevoir à leur domicile, ni faire à celui de leurs avoués, la signification du jugement d'adjudication, qui doit leur être faite dans la quinzaine, à compter du jour même du jugement.

Elles ont pour comparaître les délais ordinaires d'ajournement, en comptant les distances d'après le domicile respectif des avoués chez lesquels est remise l'assignation.

1333. ***Comment la signification et l'assignation sont-elles faites lorsqu'il n'y a pas d'avoués, et comment, en cette circonstance, se calculent les délais de la comparution?***

Lorsqu'il n'y a pas d'avoués, ce qui arrive dans les justices de paix et dans les tribunaux de commerce, la signification et l'assignation sont données au domicile des parties, et alors les délais se calculent d'après la distance de la cour ou du tribunal saisi de la demande en règlement de juges. (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 120, n° 148.) On applique au reste le principe consacré par l'art. 151, qui veut que l'on ne prenne défaut qu'après l'échéance du délai donné à la partie la plus éloignée. (Voy. *Prat.*, t. 2, p. 356.)

[Ces observations, très-justes, sont reproduites par Pigeau, *Comment.*, t. 1, p. 637 et 638, et Favard, t. 4, p. 797 et 798, n° 2.]

Art. 366. Si le demandeur n'a pas assigné dans les délais ci-dessus, il demeurera déchu du règlement de juges, sans qu'il soit besoin de le faire ordonner, et les poursuites pourront être continuées dans le tribunal saisi par le défendeur en règlement.

---

précède, relativement à la communication au ministère public. D'ailleurs, si le tribunal n'avait pas cette faculté, à quoi bon le législateur eût-il exigé qu'il fût donné permission d'assigner?

(1) La signification du jugement et l'assignation doivent être données par un même acte, conformément à l'art. 29 du Tarif.

Ord. de 1737, tit. II, art. 13, et ord. de 1669, tit. II, art. 8.

CCCVI. Si le demandeur n'a pas assigné, dans la quinzaine du jugement par lui obtenu, la loi le déclare déchu du réglement de juges.

Cette déchéance a lieu de *plein droit :* ainsi le défendeur en règlement peut, sans avoir besoin de la faire prononcer, continuer ses poursuites sur la demande principale, devant le tribunal qu'il en a lui-même saisi.

[La déchéance étant de plein droit, les frais du jugement qui la déclarerait devraient rester à la charge de l'avoué comme frustratoires. (*Voy.* dans ce sens notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 364, n° 9.]

La demande en règlement de juges ne saurait exiger une longue instruction. Cependant, comme elle n'est point mise au nombre des affaires sommaires, le défendeur peut signifier ses défenses et le demandeur ses réponses dans les délais et suivant les règles établies pour l'instruction des actions ordinaires; mais les écritures signifiées de part et d'autre doivent être d'autant moins volumineuses, qu'il s'agit ici d'une espèce de déclinatoire et que l'art. 75 du Tarif ne permet pas que les requêtes respectivement signifiées sur un déclinatoire excèdent six rôles.

On se rappelle que les règlements de juges sont rangés au nombre des causes qui doivent être communiquées au ministère public.

Le tribunal ou la cour, après avoir entendu les parties à l'audience, dans leurs moyens respectifs, ainsi que le ministère public dans ses conclusions, délibère sur la question de savoir si les demandes prétendues en conflit ont réellement un objet identique: s'il admet l'affirmative, il fait cesser le conflit, en renvoyant les parties et la cause devant l'un des tribunaux saisis.

[1333 bis. *La déchéance de l'art.* 366 *est-elle applicable en matière de conflit négatif?*

Non. Cette déchéance a pour but de lever le sursis dont était frappée l'instance pendante devant le tribunal saisi par le défendeur en règlement, puisque l'article se hâte d'ajouter : *et les poursuites pourront être continuées dans le tribunal*, etc., et de là, la cour de cassation a conclu, avec raison, le 11 mai 1807 (Dalloz, t. 5, p. 296; Sirey, t. 7, p. 87), que cette déchéance est absolue et s'oppose à l'introduction d'une nouvelle demande en règlement *entre les mêmes tribunaux*. (*Voir* la *Quest.* suiv.) Mais le même motif n'existe pas dans le cas de conflit négatif; il n'y a point de poursuites suspendues, puisqu'on se plaint, au contraire, qu'elles aient été annulées. Le demandeur en règlement ne peut pas être soupçonné de vouloir retarder le jugement de la cause, puisqu'il ne tient qu'à lui de ne pas le poursuivre. On ne peut craindre de voir éternellement durer l'instance, puisqu'elle n'existe pas.

Enfin, la déchéance en pareil cas aurait pour résultat de rendre la contestation impossible à juger; ce serait un vrai déni de justice.

Thomine, n° 418, partage cette opinion.]

[1333 ter. *S'il y a plusieurs défendeurs en règlement qui aient saisi des tribunaux différents, devant lequel de ces tribunaux les poursuites seront-elles continuées?*

L'art. 366, en prononçant la déchéance, a eu encore pour but de faire cesser le conflit, quoique d'une manière peu favorable aux prétentions du déchu, puisqu'il l'oblige à procéder devant le tribunal saisi par son adversaire.

Mais nous ne pouvons croire qu'on ait voulu l'obliger à procéder à la fois devant deux ou plusieurs tribunaux. Nous pensons donc que, tout déchu qu'il est du bénéfice de l'arrêt qui avait attribué la cause au tribunal par lui réclamé, il n'en conserve pas moins le droit de la faire régler entre les autres, de manière qu'un seul puisse juger. Il exercera donc ce droit s'il y a avantage pour lui, et si l'un des défendeurs à la première demande n'en forme pas une à son tour.

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 638, nous paraît incliner vers cette solution.]

1334. *Le défendeur peut-il défendre par écrit à l'assignation en règlement de juges?*

Oui, puisque les règlements de juges ne sont pas mis au rang des matières sommaires. D'ailleurs, la demande en règlement est un déclinatoire, et nous avons vu, sur la *Quest.* 738, que l'art. 75 du Tarif permet de défendre en cette forme. (*Voy.* cette question, Pigeau, t. 1, p. 120, n° 148.

[Nous avons émis la même opinion dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 364, n° 10.]

Art. 367. Le demandeur qui succombera pourra être condamné aux dommages-intérêts envers les autres parties.

Ord. de 1737, tit. II, art. 29.—(*Voy.* Formule 323.)

CCCVII. Si le tribunal devant lequel les parties sont renvoyées est celui que le demandeur prétendait avoir pour juge, le défendeur doit, comme toute partie qui succombe, être condamné aux dépens, sinon le demandeur subit la même peine.

Quand c'est le demandeur qui succombe, il peut, outre les dépens, être condamné aux dommages-intérêts envers les autres parties. Cette condamnation, qui dépend des circonstances,

est ordinairement prononcée quand le tribunal, jugeant que les demandes prétendues en conflit n'ont point un objet identique, rejette une demande en règlement qui n'avait d'autre but que d'entraver la marche de la justice et de paralyser une double procédure.

1335. ***De ce que l'art. 367 ne parle que d'une condamnation facultative aux dommages-intérêts, doit-on conclure que le tribunal doive toujours joindre les dépens de l'instance en règlement de juges?***

Lepage, *Questions*, p. 238, donne plusieurs raisons d'après lesquelles il conclut que le jugement qui prononce sur une demande en règlement de juges doit ou adjuger les dépens, ou les compenser, ou les réserver, selon les circonstances. Ce point, dit-il, est laissé à la prudence des juges : ce qui est pour eux d'obligation, c'est de statuer d'une manière quelconque sur les dépens.

Nous pensons que le demandeur en règlement qui succombe doit nécessairement être condamné aux dépens, indépendamment des dommages-intérêts que les autres parties peuvent obtenir à raison du retard que l'instance en règlement a mis dans leurs poursuites.

Si, au contraire, le demandeur a eu raison de se pourvoir en règlement, et si le défendeur n'a point fait de mauvaises contestations, il y a lieu de joindre les dépens au sort de la demande ou des demandes principales, et de renvoyer, pour y être statué par les juges à qui la connaissance en est déférée.

[C'est l'opinion que nous avons exprimée au *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 364, n° 11. Elle est adoptée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 659, et Favard, t. 4, p. 798, n° 2.]

TITRE XX.

DU RENVOI A UN AUTRE TRIBUNAL, POUR PARENTÉ OU ALLIANCE.

Si la loi a pu n'avoir aucun égard aux craintes imaginaires d'un plaideur toujours disposé à l'inquiétude, elle ne devait pas mépriser également des appréhensions qui peuvent avoir un fondement raisonnable.

Sans doute, comme le disait l'orateur du conseil d'État (éd. de Didot, p. 40), la majeure partie des juges, tous peut-être sont capables de s'élever au-dessus de toute affection de sang et de toute considération d'intérêt de famille. Mais enfin la prévention qui résulte de la parenté et de la confraternité est, pour nous servir des expressions de notre estimable confrère Poncet (*Traité des actions*, p. 256), un de ces sentiments naturels qui peuvent entraîner, même à leur insu et contre leur gré, les hommes les plus intègres et les plus attachés à leur devoir. La loi se prêtant à cette présomption, fondée sur la seule considération de la faiblesse humaine, a mis le plaideur à l'abri de toute inquiétude, en autorisant *la demande en renvoi pour parenté ou alliance*.

Elle peut être définie *une exception déclinatoire* par laquelle le tribunal saisi d'une contestation est *récusé* en entier, à raison de la parenté ou alliance d'un ou de plusieurs de ses membres, jusqu'au degré de cousin issu de germain, avec la partie contre laquelle on oppose cette demande.

C'est, disons-nous, *une exception déclinatoire*, car elle tend à soustraire l'affaire à la juridiction du tribunal qui en a été saisi; c'est aussi une récusation, puisque c'est un refus d'être jugé par ce tribunal. Mais cette récusation diffère de la récusation proprement dite, en ce qu'elle est *générale*, tandis que l'autre est *partielle* et personnellement dirigée contre tel ou tel juge (1).

ART. 368. Lorsqu'une partie aura deux parents ou alliés jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, parmi les juges d'un tribunal de première instance, ou trois parents ou alliés au même degré dans une cour royale; ou lorsqu'elle aura un parent audit degré parmi les juges du tribunal de première instance, ou deux parents dans la cour royale, et qu'elle-même sera membre du tribunal ou de cette cour, l'autre partie pourra demander le renvoi.

Ord. de Blois de 1579, art. 117. — Ord. de 1669,

(1) Il est à remarquer que le présent titre ne contient aucune disposition concernant une demande en renvoi qui, d'après la loi non abrogée du 27 vent. an VIII, pourrait encore être formée aujourd'hui pour cause de suspicion et de sûreté publique. Nous parlerons, au liv. II, tit. VI, de notre *Traité des lois d'organis.*, de ce qui concerne la compétence des tribunaux à l'égard de ces demandes. Quant à la forme de procéder, il nous suffira de dire qu'elle est absolument la même que celle que l'on doit suivre pour *les indications de juges*, dont nous avons parlé ci-dessus. (*V.* page 223 et la note.)

tit. I (*des évocations*) art. 1, 2, 3, 4 et 5. — Ord. de 1737, tit. I, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6 et 7, et enfin arrêts du conseil d'État des 17 mars et 23 avril 1807. — C. proc., art. 378. — [Devilleneuve, v^is *Récusation*, n°s 14 à 16, 18; *Renvoi*, n°s 1, 3 à 5, 9, 12 à 15. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. Ier, tit. Ier, chap. 1er, art. 10, *Q.* 26; liv. II, tit. VI, art. 305, 306, § 2, t. 5, p. 249, *Q.* 371; liv. III, tit. III, chap. 2, art. 360, *Q.* 468, et tit. VII, chap. 2, art. 544. — Locré, t. 9, p. 162, 262, 293, 298.]

CCCVIII. Pour savoir quand peut avoir lieu la demande en renvoi qui fait la matière de ce titre, il faut considérer le degré de juridiction devant lequel se trouvent les parties et le degré de parenté qu'elles ou l'une d'elles peuvent avoir avec un ou plusieurs juges.

D'abord, il est évident qu'en justice de paix il n'y a pas lieu de former cette demande, puisqu'il n'y a qu'un seul juge : on ne peut donc jamais prendre ici que la voie de la récusation ordinaire.

Il est également facile de sentir que la cour de cassation ne peut jamais être arrêtée par une demande en renvoi, puisqu'il n'existe pas d'autre juridiction devant qui l'affaire puisse être renvoyée.

Cette demande ne peut donc se présenter que devant les tribunaux de première instance, au nombre desquels il faut ranger ceux de commerce, et dans les cours royales.

Dans les tribunaux de première instance, il suffit que l'une des parties compte parmi les juges deux parents ou alliés, pour que son adversaire puisse demander le renvoi devant un autre tribunal.

Dans les cours royales, qui sont plus nombreuses, il faut que les parents ou alliés de cette partie soient au nombre de trois.

Ce nombre diminue si la partie est elle-même juge au tribunal ou à la cour; il suffit dès lors que cette partie trouve, dans un de ses collègues, un seul parent ou allié, si l'affaire est portée devant un tribunal de première instance, et deux, si elle existe devant une cour royale, pour que la demande en renvoi soit fondée.

Le degré de parenté ou d'alliance qui rend, aux yeux du législateur, un juge suspect de partialité, est, pour la demande en renvoi, la même que pour celle en récusation des juges de première instance ou d'appel : il faut donc que les juges qui donnent lieu à la demande en renvoi soient au moins parents ou alliés au degré prohibé, c'est-à-dire qu'ils soient au moins parents ou alliés au degré de cousins issus de germain. Au delà de ce degré, l'exception ne serait pas recevable.

1336. ***Peut-on demander le renvoi à un autre tribunal, lorsque des juges sont récusables pour une autre cause que pour parenté ou alliance, et, par exemple, si l'un des juges était donataire de l'une des parties, si un autre avait sollicité pour elle, si un autre avait été son conseil, etc., etc.?***

Pigeau traite cette question, t. 1, p. 306, n° 433, et il la résout affirmativement. Il se fonde sur ce qu'il y a même raison pour autoriser le renvoi dans tous les cas où les juges sont récusables. Et en effet, dit-il, la partie qui compte parmi ces juges celui qui a sollicité pour son adversaire, celui qui a été son conseil et son donataire, a des craintes tout aussi fondées, et peut-être davantage, que si elle y comptait deux parents ou alliés de son adversaire.

Lepage, *Questions*, p. 200, émet une opinion absolument contraire à celle de Pigeau; et peut-être pensera-t-on, comme nous, que c'est celle-là qui doit l'emporter, si l'on considère que le législateur n'aurait point réuni, sous un titre séparé, un grand nombre de dispositions relatives au renvoi pour parenté ou alliance, s'il avait entendu autoriser ce renvoi pour toutes les causes qui donnent lieu à la récusation; il se fût borné à déclarer qu'il y aurait lieu au renvoi toutes les fois qu'un juge serait récusable.

D'ailleurs, est-il rigoureusement vrai qu'il y ait, pour toutes les causes de récusation, les mêmes raisons de décider en faveur du renvoi que pour celles qui résultent de la parenté ou de l'alliance? N'a-t-on pas particulièrement à craindre, lorsque plusieurs juges sont parents ou alliés de l'une des parties, que lors même qu'ils ne solliciteraient pas leurs collègues en sa faveur, le désir de leur être agréable n'excitât en ceux-ci, presque involontairement, une prévention contre la cause de la partie adverse? Or, ce danger est bien moins redoutable dans les autres cas de récusation. D'un côté, un juge parent ou allié croira trouver dans cette qualité une excuse pour les sollicitations qu'il pourrait faire, tandis qu'il ne pourrait, sans rougir, donner pour prétexte des causes qui le rendraient récusable; de l'autre, ces causes peuvent, le plus souvent, être ignorées des autres juges, et la parenté où l'alliance, qui est notoire, est susceptible d'amener la prévention dont nous venons de parler.

Nous ajouterons, avec notre estimable confrère Poncet, dans son *Traité des Actions*, n° 191, qu'un tribunal, dont la compétence n'est pas douteuse, ne peut être privé de sa juridiction qu'en vertu d'un texte formel ou par suite d'une nécessité bien démontrée.

Or, d'une part, il n'existe aucune disposition de la loi qui étende les cas de demandes en renvoi à d'autres causes que celles qui sont exprimées par l'art. 368; de l'autre, il n'y a aucune nécessité de fournir un pareil moyen aux parties, dont tous les intérêts sont suffisamment mis à couvert par celui de la récusa-

tion partielle, ainsi que par les voies de réformation qui leur sont ouvertes contre le jugement, suivant les règles du droit commun, etc. (Voy. *infrà*, sur l'art. 378.) (1).

[Nous pensons, avec Carré, que la demande en renvoi *proprement dite* ne peut avoir lieu que pour cause de parenté ou alliance, et les raisons qu'il en donne nous semblent suffisantes. Pour l'explication de notre restriction, *voy.* la question suivante.]

1337. ***Mais si d'autres causes que celles de la parenté ou de l'alliance contre un ou plusieurs juges ne donnent pas lieu à la demande en renvoi, ne peut-on pas du moins récuser en masse tous les membres d'un tribunal, et par conséquent obtenir le renvoi devant un autre? [A quelle juridiction faudrait-il adresser cette demande?]***

Cette question était controversée sous l'empire de l'ancienne jurisprudence; mais l'opinion que l'on pouvait récuser en masse, *en matière civile*, paraissait avoir prévalu. Aujourd'hui, comme le remarque Legraverend, t. 4, p. 67, n° 318, édit. de 1839, il est reconnu que rien ne s'oppose à ce qu'un tribunal entier soit récusé en masse, tant en matière civile qu'en matière criminelle : seulement, ajoute-t-il, la récusation en masse est considérée comme une demande en *renvoi d'un tribunal à un autre, pour cause de suspicion légitime;* et, dans ce cas, elle doit en suivre les règles, relativement à la compétence et à la forme. (Cass., 6 décemb. 1808; Sirey, t. 9, page 145.) (2).

[Cet arrêt n'a jugé qu'un seul point, savoir, que, lorsque la récusation en masse est dirigée contre une cour royale, c'est à la cour de cassation de statuer, mais il n'assimile point ce cas aux demandes en renvoi pour cause de suspicion légitime.

Quant à l'arrêt de la cour de Paris du 18 mars 1813 (Dalloz, t. 23, p. 346; Sirey, t. 16, p. 97), que Carré cite à la note et qu'il approuve, nous ne partageons pas son opinion. Nous critiquerons d'abord cette partie de l'arrêt dans laquelle la cour royale de Paris prétend que la récusation d'un tribunal entier est la prise à partie. Nous ne pouvons pas concevoir où a été puisée une pareille doctrine; la prise à partie a ses règles toutes particulières, la loi détermine les cas dans lesquels elle doit avoir lieu, et elle n'a rien qui puisse être confondu avec la récusation. De plus, d'où peut-on induire que la récusation ne peut être exercée contre un tribunal entier, lorsque chacun de ses membres se trouve dans l'un des cas énoncés dans l'art. 378, C. proc.? d'après cet article, la cause de récusation existe, soit qu'elle s'adresse à un seul juge, soit qu'elle s'adresse à plusieurs; seulement on peut être embarrassé sur la marche à suivre. Pigeau, t. 1, p. 520, n° 454, pense que, lorsqu'il y a deux ou trois membres qui peuvent être récusés, c'est le cas de demander le renvoi; nous pensons qu'il faut distinguer.

Si le tribunal est, malgré les récusations, en

---

(1) On trouve cependant, dans Sirey, suppl., t. 7, p. 1181, un arrêt de la cour de cassation qui admet la demande en renvoi sur l'*intérêt* qu'un des juges du tribunal saisi de l'affaire, avait dans l'affaire même, quoiqu'il ne fût pas partie. Mais il est à remarquer que cette décision, quoique insérée au Code annoté de Sirey, sous l'art. 368, C. proc., a été rendue en matière criminelle. Aujourd'hui, la même décision pourrait bien être donnée d'après ce dernier Code, qui, comme les lois précédentes (*voy.* Bourguignon, p. 439), a, par son silence, abandonné à la conscience de la cour de cassation les causes de renvoi; mais le Code de procédure civile s'est expliqué à ce sujet; et d'un autre côté, il a mis au nombre des causes de récusation partielle l'intérêt du juge dans l'affaire : il est donc incontestable que l'arrêt que nous venons de rapporter ne peut recevoir d'application dans les procès civils.

(2) Néanmoins, d'après ce que nous avons dit au numéro précédent, nous devons faire remarquer que cette récusation en masse ne peut avoir lieu que dans le cas de suspicion légitime, dont nous parlerons en notre *Traité des lois d'org. et de compét.*, et non pour les causes mentionnées en l'art. 378, qui ne s'applique qu'à la récusation partielle, ainsi que l'a décidé la cour de Paris, par arrêt du 18 mars 1813. (Sirey, t. 13, p. 325.)

Nous croyons donc mal rendu un arrêt de la cour d'Angers du 12 janvier 1815 (Sirey, t. 17, p. 129), en ce qu'il déclare qu'un tribunal entier peut être récusé en masse; que cette récusation peut durer tant que le tribunal est composé des mêmes juges, et enfin, que les membres de ce tribunal sont recevables à former opposition à l'arrêt qui a admis leur récusation. Sans doute, si des causes de récusation mentionnées dans l'art. 378 existaient contre tous les juges d'un tribunal, une partie ne pourrait être contrainte de plaider devant eux; mais alors la voie de la demande en renvoi, pour cause de suspicion légitime, lui est ouverte devant l'autorité supérieure, et elle ne peut, par une récusation en masse, paralyser le cours de la justice.

[*Voy.*, pour balancer cette opinion de Carré, son traité de la compétence; *voy.* aussi *infrà* la note du n° CCCX, et les *Quest.* 1353 et 1358, où il convient que, dans ce cas, *par la force des choses*, il faudra se pourvoir en indication d'un autre tribunal. Du reste, si les motifs de suspicion légitime étaient fondés sur quelques-unes des causes de récusation énoncées dans l'art. 378, ne serait-il pas juste de donner aux juges le droit de se défendre selon les règles tracées au titre *de la récusation?* Enfin il nous semble que la suspicion légitime n'est qu'une voie subsidiaire ouverte au justiciable qui, ayant des motifs fondés de soupçonner l'impartialité de ses juges, ne peut néanmoins articuler aucun des faits que l'art. 378 admet comme causes de récusation. Cette opinion ne résulte-t-elle pas d'un arrêt de cass. du 24 therm. an IX, qui a décidé que les magistrats peuvent puiser, *dans leur conscience*, les causes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime?]

nombre suffisant, ce sera devant lui qu'il faudra débattre les causes de récusation et le fond ; si, au contraire, le tribunal n'est pas en nombre suffisant, alors il faudra s'adresser à un tribunal supérieur.

Cette opinion est aussi celle de Carré, qui, dans son *Tr. sur la Compét.*, semble être revenu de l'opinion que nous avons signalée en commençant ; il convient que, dans ce cas, par la force des choses, il faudra se pourvoir en indication d'un autre tribunal. Il nous semble qu'il aurait pu ajouter que probablement il faudra faire juger les causes de récusation par un autre tribunal que celui qui est récusé.

Ainsi, la question posée en tête de ce numéro nous paraît devoir être ainsi formulée : Les juges récusés, aux termes de l'art. 378, ou bien ceux à l'occasion desquels on demande le renvoi, aux termes de l'art. 368, peuvent-ils concourir au jugement de ces incidents ? Question que nous n'hésitons pas à résoudre par la négative, comme tous les auteurs, sous les nos 1388 et 1399 *infrà*.

En effet, du moment que l'art. 378 permet de récuser les juges pour l'une des causes qu'il mentionne, il n'y a pas de raison pour que cette récusation ne s'étende à tous ceux qui composent un même tribunal ; et si l'on décide, comme on ne peut s'en empêcher, que les juges récusés ne doivent point participer au jugement sur la récusation, il s'ensuit nécessairement que s'ils le sont tous ou du moins en assez grand nombre pour que le reste du tribunal ne puisse légalement se constituer, une pareille récusation aura implicitement le même résultat qu'une demande en renvoi, quoique, à proprement parler, elle n'ait point ce caractère, la demande en renvoi dessaisissant le tribunal entier, encore que la distraction des juges suspects ne le réduise pas à un nombre insuffisant, la récusation en masse, au contraire, ne lui enlevant la connaissance de l'affaire, qu'à cause de l'insuffisance de nombre à laquelle elle le réduit.

Mais toujours il faut qu'un autre tribunal soit appelé à juger d'abord l'incident de la récusation ou la demande en renvoi, et, dans le cas où l'un ou l'autre serait accueilli, le fond de l'affaire. Le 22 janv. 1806 (Sirey, t. 7, p. 1167), la cour de cassation a fait justice de la prétention d'un président, qui, se trouvant seul juge par suite de l'absence et de la récusation des autres, crut pouvoir renvoyer de son chef devant un autre tribunal qu'il désigna. C'était là un excès de pouvoir qu'aucun texte de loi ne pouvait justifier.

Quel sera donc le tribunal qui jugera la demande en récusation ?

L'art. 60 de la loi du 27 vent. an VIII chargeait la section des requêtes de la cour de cassation de statuer définitivement sur les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de parenté ou alliance ; mais, le 24 mars 1807 (Dalloz, t. 23, p. 432 ; Sirey, t. 7, p. 57), cette cour a décidé qu'il résultait des titres XIX et XX du liv. II, C. proc., que cette attribution lui avait été retirée, au moins lorsqu'il s'agit de tribunaux inférieurs ressortissant de la même cour royale. Par application du même principe, il a été jugé que, depuis la publication du Code de procédure civile, la cour de cassation n'est plus compétente pour prononcer sur le renvoi qui lui est demandé, fondé sur ce que tous les juges d'un tribunal de première instance ont déclaré avoir connu extrajudiciairement de l'affaire et avoir donné leur opinion. Cette décision a été consacrée par la cour de cassation elle-même, les 6 avril, 18 et 20 mai 1817, et par la cour de Nîmes, le 10 juillet 1812. Les règles de l'art. 363 sont également applicables lorsque les parties sont dans l'impossibilité de recourir à leurs juges naturels (cass., 8 sept. 1807 ; Dalloz, t. 23, p. 435 ; Sirey, t. 7, p. 146), ou lorsqu'un tribunal ne peut se composer faute de juges. (Cass., 18 avril et 4 juill. 1828 ; Sirey, t. 28, p. 382.)

C'est donc à la cour royale de laquelle ressortit le tribunal récusé qu'il faut toujours s'adresser pour juger la récusation, et, en cas qu'elle l'accueille, pour que le fond soit renvoyé devant un autre tribunal (Agen, 28 août 1809 ; Dalloz, t. 23, p. 547 ; Sirey, t. 10, p. 303 ; Limoges, 26 janv. 1824 ; Colmar, 13 avril 1837 ; Florence, 6 mai 1809 et 31 déc. 1810 ; Dalloz, t. 23, p. 435 ; Douai, 14 oct. 1816 ; Dalloz, t. 23, p. 435 ; Sirey, t. 17, p. 233 ; cass., 28 déc. 1807 et 8 janv. 1829) ; mais ce serait évidemment à la cour de cassation qu'il appartiendrait de décider sur une récusation en masse dirigée contre une cour royale ; c'est ce qui résulte d'un arrêt émané d'elle, le 4 mai 1831 (Sirey, t. 31, p. 303). Cette jurisprudence est approuvée par Merlin, *Rép.*, vo *Récusation*, no 2, et *Quest.*, *eod.*, § 5.

Néanmoins, un arrêt de la cour de Rennes du 27 nov. 1807, que Carré citait, avec approbation, sous l'art. 390, a cherché à introduire sur ce point une jurisprudence qu'on nous permettra d'appeler singulière. Se fondant sur ce que l'on doit conserver à l'incident de récusation ou de renvoi les deux degrés de juridiction, et sentant bien néanmoins que les juges récusés ne peuvent concourir au jugement de renvoi, cette cour prétend que, si le tribunal n'est pas en nombre, il faut s'adresser à la cour d'appel, mais non pas pour prononcer sur la récusation et pour ordonner le renvoi du fond. Pourquoi donc ? Pour désigner un autre tribunal qui juge en premier ressort cette récusation, sauf à porter l'appel de son jugement devant la même cour qui l'avait désigné, et, quand tous les degrés de juridiction auront été épuisés sur cet incident, alors seulement il faudra songer à désigner un tribunal pour juger le fond. Nous ne croyons pas qu'aucun jurisconsulte puisse

trouver régulière une procédure si longue, si compliquée, si coûteuse, lorsqu'il est si facile de trancher toutes les difficultés préparatoires par un seul arrêt; au surplus, on vient de voir qu'une jurisprudence universelle la condamne.

Il est nécessaire de faire observer qu'ici les règles en matière civile ne s'appliquent point à la procédure criminelle, quoique celles qui concernent la récusation leur soient communes. En effet, l'art. 542, C. crim., contient des attributions spéciales pour les demandes en renvoi; il en résulte que la cour de cassation est seule compétente, à l'exclusion des cours royales, pour prononcer sur ces demandes. Elle l'a ainsi jugé elle-même, soit que la demande en renvoi fût nécessitée par une abstention volontaire, soit qu'elle le fût par la récusation de tous ou de la majorité des membres d'un tribunal correctionnel (11 nov. 1807; Sirey, t. 1, p. 24; 9 nov. 1808, 2 août 1809, 8 fév. 1811, 23 juin 1814; Sirey, t. 15, p. 5; 4 juillet 1828; Sirey, 28, p. 382; 30 mai 1828; Sirey, t. 28, p. 388). Tel est aussi l'avis de Merlin, *Rép.*, v° *Récusation*, n° 2, et *Quest.*, *eod.*, § 4.

Dans tous les cas, pour que la demande en renvoi, portée devant un tribunal supérieur soit recevable, il est nécessaire que l'insuffisance des juges soit constatée par une délibération du tribunal entier; un simple certificat du président ne pourrait autoriser la cour à prononcer, ainsi que l'a décidé celle de Limoges, par son arrêt déjà cité du 26 janv. 1824 (Sirey, t. 26, p. 190).

Au reste, le principe d'attribution qui donne aux cours royales le pouvoir de prononcer ces sortes de renvois, fait aussi que, lorsqu'un tribunal ayant été récusé en entier, la cour a renvoyé plusieurs procès devant un autre tribunal, elle peut, si les causes de la récusation ont cessé, rendre la connaissance de ces procès au tribunal récusé, à l'exception des affaires dont le tribunal indiqué par cette cour se trouve déjà saisi. (Colmar, 23 avril 1815.)

Nous terminerons par la citation de quelques arrêts qui contiennent l'appréciation de causes alléguées pour récuser en masse une cour ou un tribunal.

Une cour ne doit pas admettre la récusation dirigée contre elle sans motifs déterminés, surtout lorsque cette récusation a pour objet toutes les causes dans lesquelles le récusant peut être intéressé. (Paris, 4 déc. 1813; Dalloz, t. 23, p. 346.)

Une demande en renvoi devant un autre tribunal que celui qui doit naturellement juger la cause est prématurée et sans objet, lorsqu'elle se fonde sur l'impossibilité de se constituer où serait la cour devant laquelle l'appel devrait être porté. (Cass., 14 janv. 1829, Sirey, t. 29, p. 69.)

Lorsqu'un tribunal compétent n'a pas un nombre d'avoués suffisant pour représenter des parties ayant des intérêts distincts, il y a lieu à les renvoyer se pourvoir en juridiction, à moins, toutefois, qu'elles ne consentent à proroger la juridiction d'un autre tribunal. (Rennes, 30 sept. et 9 déc. 1808, et 20 déc. 1824, Sirey, t. 25, p. 340.)

Un tribunal entier ne peut être récusé par celui au préjudice de qui il a été rendu un jugement par trois de ses membres sur la même question, mais dans une autre instance, lorsque surtout les autres juges sont encore en nombre compétent. (Brux., 10 janv. 1822; J. de B., t. 1 de 1822, p. 126.)

Ce dernier arrêt confirme pleinement le système que nous avons exposé, puisqu'il juge qu'en admettant même le bien fondé des causes de récusation articulées contre trois juges, cette circonstance n'eût pas été suffisante pour obtenir un renvoi, les juges non récusés pouvant se constituer en tribunal. Il suit de cette décision, 1° que le renvoi proprement dit, celui qui repose sur des causes de suspicion particulières à un petit nombre de juges, ne peut être demandé que dans les cas de parenté ou d'alliance, et que les autres motifs de récusation ne peuvent par eux-mêmes opérer cet effet (*voy.* la *Quest.* 1336); 2° que néanmoins on aboutit indirectement au même résultat lorsque ces motifs de récusation frappent à la fois sur un assez grand nombre de juges pour mettre ceux qui restent dans l'impossibilité de former un tribunal légal.

Nous décidons donc que le renvoi à un autre tribunal peut avoir lieu pour deux causes: 1° la parenté ou l'alliance des juges au degré et dans les conditions prévues par l'art. 368; 2° l'insuffisance de juges au tribunal compétent par suite d'abstention ou de récusation quelconque.

Au reste, la même doctrine nous paraît être professée, quoique moins explicitement, par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 659 et 664, Berriat, *h. t.*, note 6, Favard, t. 4, p. 769, n° 8, et 868, n° 7, Dalloz, t. 23, p. 346, 434 et 437, n° 1, et Thomine, n°s 420 et 423.

Quant à ce qui concerne les demandes en renvoi pour cause de suspicion légitime ou de sûreté publique, c'est une matière de compétence étrangère à notre plan. Nous nous bornons donc à indiquer le *Tr. de la Compét.* de Carré, liv. II, tit. VI.

1338. ***Peut-on demander, dans un tribunal de commerce, le renvoi pour cause de parenté ou d'alliance?***

Oui, par les motifs donnés sur la 1321° *Quest.* (*Voy.* d'ailleurs les *Questions* de Lepage, p. 249.)

[C'est aussi l'opinion de Dalloz, t. 23, p. 430, n° 4, de Thomine, n° 421, et la nôtre.]

1339. ***Ne s'agit-il dans l'art.* 368, *que de la parenté et de l'alliance naturelles et civiles tout à la fois?***

La loi n'entend parler en général que de la parenté et de l'alliance naturelles et civiles tout à la fois, et non de la parenté et de l'alliance que l'on supposerait dériver de la nature seulement ou de l'adoption. De tels liens n'existent point, en effet, suivant la loi civile, à l'égard d'un enfant naturel avec les parents de ses père ou mère, et d'un enfant adopté avec ceux de l'adoptant; nous exceptons néanmoins, par suite de ce que nous avons établi sur les 1056e et 1057e *Quest.*, la parenté naturelle en ligne directe, c'est-à-dire du père au fils légalement reconnu, et entre des frères naturels aussi légalement reconnus.

[Nous approuvons cette solution, avec Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 640, et Favard, t. 4, p. 868, n° 5.]

1340. ***L'alliance qui peut servir de fondement au renvoi, s'efface-t-elle par la dissolution du mariage qui l'a formée, s'il n'en reste point d'enfants?***

L'affirmative de cette question résulte de ce que nous avons établi sur les 341e et 342e *Quest.* (*Voy.* aussi la 1104e *Quest.*)

[Et de l'analogie du § 2 de l'art. 378, comme le fait observer Favard, t. 4, p. 868, n° 5.]

1341. ***Les suppléants de première instance sont-ils à compter au nombre des juges, pour donner lieu à la demande en renvoi?***

Il faut remarquer que la loi suppose, pour qu'il y ait lieu à une demande en renvoi dans un tribunal de première instance, qu'il y a, dans ce tribunal, deux *juges* qui se trouvent parents ou alliés de l'une des parties, ou qu'elle-même sera *membre* du tribunal.

De cette différence d'expressions *juges* et *membre* du tribunal, Demiau, p. 273, conclut que, dans la première hypothèse, les suppléants ne doivent pas entrer en considération pour donner lieu à la demande en renvoi, attendu qu'ils ne sont *juges* qu'accidentellement, et que conséquemment on ne peut pas dire qu'ils soient compris sous la dénomination générique de *juges*, la loi ne les qualifiant, d'ailleurs, que par le titre de *juges suppléants*, ou simplement de *suppléants*. (*V.* en effet les articles 35 et 41 de la loi du 20 avril 1810, et l'article 118, C. proc.)

Le même auteur croit, au contraire, que, dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'un suppléant est partie, il y a lieu à la demande en renvoi, parce que l'art. 368 emploie la qualification générique de *membre du tribunal*. Or, les suppléants sont bien certainement membres des tribunaux de première instance : la loi organisatrice de ces tribunaux porte qu'ils sont composés de *juges* et de *suppléants*. (*V.* la loi du 27 vent. an VIII, articles 8 et suiv.)

Les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 365, estiment qu'en aucun cas les suppléants ne doivent compter pour autoriser la demande en renvoi, du moins tant qu'ils n'exercent pas leurs fonctions; mais nous ferons observer que cette restriction est pour ainsi dire nulle, car les suppléants n'exercent des fonctions habituelles que dans les cas très-rares de vacances de places de juges.

Nous convenons que les raisons données par Demiau sont de nature à faire impression.

Mais aussi ne peut-on pas répondre qu'encore bien que les suppléants n'exercent pas, à proprement parler, des fonctions habituelles, ils n'en ont pas moins le caractère de juges? que, sous ce rapport, ces mêmes fonctions ne sont pas absolument accidentelles, puisque l'art. 41 de la loi du 20 avril 1810 leur donne la faculté d'assister à toutes les audiences, avec voix consultative, et qu'en cas de partage, le plus ancien dans l'ordre de réception aurait voix délibérative? que, si la loi les a qualifiés de *juges suppléants*, de *suppléants*, c'est qu'il a fallu les distinguer des *juges en titre?* que, si l'art. 368 se sert, pour un cas, du mot *juge*, ce n'est pas nécessairement une raison suffisante pour ne pas y comprendre les suppléants, qui sont véritablement des *juges?* et, que si le même article parle ensuite des *membres* du tribunal, il ne le fait qu'afin d'éviter une répétition d'expressions, sans y attacher autrement d'importance, sans entendre exprimer que ce sera dans le cas seulement où il se sert de ce mot *que les suppléants seront compris?*

Telles sont les raisons pour lesquelles nous croyons ne devoir pas distinguer entre les juges en titre et les juges suppléants. Au reste, il est à désirer que la cour suprême ait à prononcer sur cette question, qui est véritablement sérieuse et sujette à controverse. (*Voy.* la question suiv.) (1).

[La décision de la cour suprême que Carré désirait ne s'est pas fait attendre. Le 22 août 1822 (Dalloz, t. 8, p. 189; Sirey, t. 23, p. 66), cette cour a décidé, contrairement à son avis, que l'art. 368 ne s'applique pas au cas où une partie est à la fois parente d'un juge et d'un suppléant près le tribunal saisi de la contestation.

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 642, qui embrasse aussi cette solution, en donne pour motif que, le suppléant n'ayant pas avec les juges des relations aussi fréquentes et aussi intimes que

(1) Nous ajouterons que notre estimable confrère Métivier, professeur de la faculté de Poitiers, a énoncé la même opinion dans ses cahiers de dictée.

celles que les juges ont entre eux, son influence est moins à redouter pour la partie contre laquelle il serait prévenu. A son égard donc, la voie de la récusation, dans le cas où il serait appelé à prendre part au jugement, serait censée suffisante.

C'est aussi l'avis de Favard, t. 4, p. 868, n° 5, et de Thomine, n° 421. Nous croyons devoir adopter l'opinion généralement suivie et à l'appui de laquelle on peut même invoquer ce que Carré dit dans sa *Compét.* sur les incompatibilités (2e partie, liv. I, chap, 3, art. 21, *Question* 64).]

1342. *De ce que l'art.* 368 *ne parle que des juges, doit-on conclure que l'on ne puisse demander le renvoi du chef du ministère public?*

Non, disent les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 365, parce que le procureur du roi exerce la même influence sur l'esprit des juges qu'un juge lui-même: *ubi eadem ratio, idem jus.*

Même opinion de la part de Pigeau, t. 1 p. 306, n° 433. Il s'appuie sur l'art. 381, qui applique au ministère public les causes de récusation qui sont relatives aux juges. Or, dit-il, la loi reconnaît, par cette disposition, que la partialité du ministère public, en faveur de l'une des parties, est aussi funeste à son adversaire que celle d'un juge. C'est donc lui obéir que de compter le ministère public pour un juge en matière de renvoi.

A ces raisons, on pourrait ajouter la disposition de l'ordonn. du mois d'août 1737, concernant les évocations et les règlements de juges. Elle était ainsi conçue : « N'entendons comprendre dans les articles précédents, sous le nom d'officiers du corps de nos cours ou autres compagnies, que ceux qui y auront séance et voix délibérative, *ensemble nos avocats et procureurs généraux.* »

Mais aussi on peut invoquer, pour l'opinion contraire, le silence de l'art. 368, à l'égard des agents du ministère public, et celui des orateurs du gouvernement et du tribunat, sur l'intention du législateur de les comprendre parmi les parents ou alliés, membres d'une cour ou d'un tribunal, qui peuvent donner lieu au renvoi. On ne saurait supposer que, lors de la discussion, le conseil d'État n'ait pas eu sous les yeux l'ordonn. de 1669 et celle de 1737. La cour d'Agen avait, d'ailleurs, provoqué une explication à ce sujet, en disant, dans ses observations sur le projet, qu'il était vraisemblable que sous le nom de *juges* on avait compris le procureur du roi.

L'on pourrait conclure de là que c'est avec connaissance de cause que les rédacteurs de la loi n'ont point fait entrer dans le Code la disposition de l'art. 11 de l'ordonn. de 1737; qu'ils ne l'ont pas voulu, parce qu'ils n'ont pas considéré l'influence du ministère public à l'égal de celle d'un juge.

Ne pourrait-on pas en outre argumenter, contre l'opinion des auteurs que nous venons de citer, de l'art. 381 lui-même, sur lequel ils se fondent? En effet, le législateur s'étant expliqué, en matière de récusation, sur le ministère public, et ne l'ayant pas fait dans le cas de l'art. 368, ne faut-il pas plutôt en conclure que la parenté ou l'alliance d'un procureur du roi avec une partie, ne doit pas être prise en considération pour motiver le renvoi autorisé par ce dernier article?

Il faut, d'ailleurs, remarquer qu'il n'y a pas d'analogie entre le renvoi fondé sur l'art. 368 et la récusation. La récusation tend à écarter un juge ou le ministère public par des motifs de suspicion qui lui sont personnels; elle a pour fondement une foule d'autres causes que la parenté ou l'alliance avec l'une des parties. Le renvoi, au contraire, n'est fondé que sur ces deux causes, et sur la crainte que des parents ou alliés de cette partie n'exerçassent en sa faveur auprès de leurs collègues, et quoiqu'ils ne restassent pas juges du procès, une influence préjudiciable à la partie adverse; influence que l'identité de fonctions, les rapports plus intimes de confraternité qu'établissent les délibérations communes, etc., rendent plus à craindre de la part des juges que de la part du ministère public.

Au reste, il s'agit ici d'une espèce d'incapacité, et, en cette matière, il est de principe qu'il ne faut se gouverner ni par analogie, ni par induction. L'évocation ou le renvoi porte atteinte aux droits d'un tribunal entier sur ses justiciables; il enlève toujours nécessairement et contre son gré une partie à ses juges naturels : il faut donc, sur ce point, restreindre plutôt qu'étendre, et se renfermer rigoureusement dans les termes de la loi.

Voilà notre opinion, et c'est aussi celle de Berriat, *h. t.*, notes 4 et 5. Outre que l'art. 368 ne parle que des juges, et que le magistrat qui exerce le ministère public n'est pas juge, Locré, t. 2, p. 37, nous apprend que la rédaction primitive de l'article a été changée sur la demande du tribunat, afin qu'on ne pût en induire que le procureur du roi dût compter pour les renvois (1).

[Le 27 août 1818 (Dalloz, t. 23, p. 431;

(1) On remarquera sans doute que si, dans l'espèce présente, nous nous tenons rigoureusement au texte de la loi, nous ne sommes point en opposition avec la solution donnée sur la précédente question, relativement aux *juges suppléants*, puisque nous nous sommes fondé, à leur sujet, sur ce qu'ils étaient compris sous la dénomination générique de *juges*.

Sirey, t. 19, p. 149), la cour de Riom a consacré l'opinion de Carré, que nous adoptons avec Favard, t. 4, p. 867, n° 5, et Dalloz, t. 23, p. 429, n° 1. La cour de Riom s'est fondée précisément sur l'absence, dans le titre des *Renvois*, d'une disposition analogue à celle de l'art. 381. Néanmoins Thomine, n° 421, hésite beaucoup à se ranger à cet avis.]

1343. *L'art.* 368 *est-il applicable, dans le cas même où le juge, parent ou allié, se trouverait appartenir à une autre chambre que celle qui serait saisie du différend?*

Les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 366, estiment qu'en ce cas il n'y a lieu qu'au renvoi d'une chambre à une autre.

Berriat, *h. t.*, notes 4 et 5, n° 2, répond que ces termes de l'art. 368, *parmi les juges d'un tribunal,* embrassent évidemment les juges de toutes les chambres. Telle est aussi l'opinion de Lepage, *Quest.*, p. 212, et l'on pensera sans doute qu'elle doit être adoptée, non-seulement parce que la loi ne distingue point, mais encore parce que les liens de la confraternité existent entre tous les membres d'un tribunal, indépendamment de la circonstance qu'ils appartiennenent à telle ou telle chambre, à laquelle d'ailleurs ils ne sont attachés que momentanément.

[Cette solution, qui, à notre avis, ne peut être contestée, est reproduite par Dalloz, t. 23, p. 429, n° 3.]

1344. *La partie qui a des parents ou alliés dans le tribunal ne peut-elle demander le renvoi? Une partie qui aurait avec elle des intérêts communs pourrait-elle du moins le demander du chef de celle-ci?*

La rédaction de l'art. 368 ne laisse, relativement à la partie parente ou alliée, aucun doute sur la négative de la première partie de cette question, d'après ces mots : *lorsqu'une partie aura deux parents...,* L'AUTRE PARTIE *pourra demander le renvoi;* et, par une conséquence résultant des motifs qui ont dicté cette disposition, il a été décidé, par jugement du tribunal civil de Sarlat, dont les motifs ont été adoptés par arrêt de la cour de Bordeaux du 8 juin 1809 (Sirey, t. 9, p. 297), que celui qui aurait des intérêts communs avec un autre, du chef duquel procéderait la parenté ou l'alliance, ne saurait former la demande en renvoi pour cette cause, parce qu'on ne peut le considérer comme partie adverse.

[Pigeau, *Comm.*, t. 11, p. 462, pense que, la partie qui a des parents juges pouvant les récuser, il y a même motif pour l'autoriser à demander le renvoi. Outre la raison que Carré oppose à cette opinion, qu'adoptent Dalloz, t. 23, p. 430, n° 7, et Thomine, n° 421, Lepage donne de plus des motifs qui nous paraissent fondés pour faire adopter un avis contraire à celui de Pigeau. Il dit qu'en accordant la faculté de récuser, le législateur a prévu les inimitiés qui n'existent que trop souvent dans les familles; mais la récusation s'adresse au juge qui va juger, au lieu que le renvoi n'est accordé que pour éviter l'influence du juge, même ne siégeant pas, sur les autres juges. Dans ce cas, l'inimitié du juge n'est pas à craindre pour ses parents; il faudrait qu'il sollicitât dans le sens contraire à celui de sa parenté; il n'oserait le faire, ses démarches seraient d'ailleurs suspectes aux autres juges.

La cour de cassation a au reste décidé, le 15 oct. 1807 (Dalloz, t. 23, p. 441; Sirey, t. 7, p. 1181), qu'il suffit qu'un juge saisi de l'affaire y ait intérêt, sans être partie, pour motiver une demande en renvoi. Il est superflu de faire observer que si la demande en renvoi est autorisée par la parenté de l'une des parties avec les membres du tribunal, à plus forte raison doit-elle être admise lorsque ces membres sont eux-mêmes parties au procès : si la décision que nous venons de rapporter est juste, celle-ci l'est également par une conséquence *à fortiori* du même principe.]

[**1344 bis.** *La demande en renvoi pourrait-elle être formée pour cause de parenté ou alliance des juges avec l'un des membres ou administrateurs d'un établissement, direction ou union, partie dans la cause?*

On doit décider la négative, par analogie de l'art. 379, à moins que ces administrateurs n'aient un *intérêt distinct ou personnel.* (*Voy.* la *Quest.* 1386, *infrà.*)

Mais Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 641, a tort de conclure que dans les instances d'ordre, de saisie, etc., où il y a une masse de créanciers, la parenté des juges avec l'un d'entre eux ne pourrait fonder la demande en renvoi, à cause du peu d'importance de l'intérêt personnel de chacun d'eux.

Il nous semble qu'il suffit que cet intérêt personnel existe, quelque minime qu'il soit, pour que les art. 368 et 378 soient applicables; et que l'exception de l'art. 379 n'a trait qu'aux administrateurs qui seraient uniquement les agents de la masse ou de l'union, mais qui ne seraient pas au nombre des associés. C'est bien alors, en effet, qu'on peut les assimiler au tuteur qui n'est dans la cause que comme administrateur des biens de son pupille, et nullement pour lui-même.]

1345. *Un garant et un intervenant peuvent-ils demander le renvoi pour cause de parenté ou d'alliance?*

Oui, disent, en termes généraux, les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 367; mais, répond Berriat, *h. t.*, not. 5 et 6, outre que, par le mot *partie*, la loi ne désigne pas suffisamment les garants et intervenants, l'ordonnance du mois

d'août 1737, sur les évocations, leur refuse cette qualité, excepté dans les cas qu'elle énonce; et il est naturel, ajoute-t-il, de la faire servir à l'interprétation du Code de procédure. Telle est aussi l'opinion de Delaporte, t. 1, p. 342.

Or, cette ordonnance, tit. Ier, art. 30, 31 et 32, dispose, relativement à la demande en garantie, que si elle se trouve jointe et confondue avec la demande principale, de manière qu'elles ne forment plus qu'une seule contestation, alors celui qui est assigné en garantie peut requérir le renvoi, comme on peut le requérir de son chef, parce que les deux demandes forment un tout indivisible.

Mais s'il n'y a point de jonction présumée ni formelle, le renvoi ne peut être provoqué que relativement à la demande en garantie, et ne pourrait empêcher qu'il fût passé outre au jugement de la demande principale. (Voy. *Rép.*, au mot *Évocation*, § 1er.)

Nous ne doutons pas que ces règles ne doivent être suivies sous l'empire du Code, puisqu'elles se trouvent en harmonie avec les dispositions qu'il renferme, relativement à la jonction et à la disjonction des demandes en garantie. (*Voy.* nos questions sur les art. 181 et suiv., et surtout celles de Lepage, p. 243.)

Quant à l'intervention, nous remarquons que les articles précités de l'ordonn. de 1737 font, relativement à l'intervention forcée, c'est-à-dire à la demande en déclaration de jugement commun (*voy.* la *Quest.* 1271, p. 135), les mêmes distinctions qu'à l'égard de la garantie.

Mais l'art. 29 dispose, concernant l'intervention volontaire, que l'évocation ne pourra être demandée par celui qui aura été reçu partie intervenante en cause d'appel seulement, ni de son chef, ni de celui de ses parents et alliés, si ce n'est que ses droits n'eussent pas été ouverts, et que lui ou ses auteurs n'eussent pu agir avant le jugement rendu en cause principale.

Ainsi l'on pourrait conclure de cet article que l'intervenant aurait, en première instance, comme les parties principales, le droit de former la demande en renvoi; droit dont il ne pourrait user en appel que dans le cas prévu par ce même article; mais Lepage, *Questions*, p. 245, ne distingue point entre l'intervention en première instance et l'intervention en cause d'appel, et applique, dans les deux, les règles admises en matière de garantie; c'est-à-dire qu'il exige, pour que la demande en renvoi soit accueillie de la part de l'intervenant contre lui, qu'il soit lié dans la cause, soit parce que son intervention n'a pas été contestée, soit parce qu'un jugement l'a reçue après contestation. Nous croyons que l'on doit admettre cette distinction, tant en première instance qu'en appel, puisque la contestation de l'intervention peut souvent former un incident séparé de la demande principale (1). (*Voy.* la *Quest.* 1275.)

[L'art. 368 dit que, lorsqu'une partie aura deux parents, l'autre partie pourra demander le renvoi; peut-on ne considérer comme parties dans une instance que le demandeur et le défendeur principaux? Évidemment non; car la qualité de partie doit être donnée à tous ceux qui sont appelés dans l'instance ou qui ont le droit d'y intervenir. Il semble donc que la question posée ne souffre point difficulté. Cependant les auteurs ne sont pas d'accord sur sa solution, ainsi qu'on a pu le voir par l'analyse qu'en fait Carré.

Nous n'adoptons aucune des distinctions qu'il propose; nous pensons au contraire que, dans tous les cas, la demande en renvoi peut être formée. Ce n'est pas dans l'ord. de 1737 qu'il faut aller chercher la solution de la question, mais dans le principe qui a fait admettre par le législateur le renvoi pour parenté ou alliance; il a craint que la bienveillance d'un magistrat pour l'une des parties ne nuisît à l'autre. Eh bien, en jugeant la demande principale, les juges statuent sur le sort du garant; comment donc celui-ci, lors même qu'il commence par soutenir qu'il ne doit pas de garantie, ne pourra-t-il pas s'opposer à ce que le tribunal dans lequel se trouvent des parents du demandeur principal juge le fond? S'il succombe dans sa

(1) Mais du moins, en cause d'appel, n'admettra-t-on l'intervenant à demander le renvoi que dans les cas mentionnés en l'art. 29 de l'ordonnance? Pour l'affirmative, on peut dire que cette disposition a un motif d'utilité qui subsiste toujours, celui de rendre les demandes en renvoi plus rares. Or, la partie qui n'intervient qu'en cause d'appel a à s'imputer la faute de ne s'être pas rendue partie en première instance, lorsqu'elle pouvait le faire : ce n'est conséquemment qu'en considération qu'elle ne l'eût pu, qu'il est juste de l'admettre à demander le renvoi en cause d'appel, etc., etc. Pour la négative, on dira que, si l'on peut interpréter le Code de procédure par les dispositions des ordonnances qui l'ont précédé, ce n'est du moins que dans les seuls cas où ces dispositions se rattachent à quelques-unes de celles que ce Code renferme lui-même, ou ne tendent pas à établir des incapacités, des exceptions, des déchéances, en un mot, des fins de non-recevoir qu'il ne suppose en aucune manière : d'où suit qu'aucun article ne donnant lieu à présumer que le législateur ait entendu limiter au cas exprimé dans l'ordonnance, le droit de l'intervenant à demander le renvoi en cause d'appel, on ne peut, sans suppléer une déchéance, le resserrer dans ces limites.

Par ces dernières considérations, nous adoptons, sous tous les rapports, l'opinion de Lepage, relativement à l'intervenant.

Il nous reste à faire observer qu'en tous cas, la demande en renvoi ne peut être accueillie, dès qu'il serait évident que la garantie ou l'intervention aurait été concertée avec l'une des parties, dans le dessein seul d'occasionner le renvoi.

contestation sur la garantie, le jugement que rendra ce tribunal retombera sur lui; de même si les juges sont parents de celui qui conteste la garantie, le demandeur principal n'aura-t-il pas à craindre que le tribunal, en jugeant le fond, ne considère que son jugement retombera sur celui qui est appelé en garantie, s'il est reconnu devoir être garant? Les motifs qui ont dicté l'art. 368 s'appliquent donc dans tous les cas à l'égard du garant et de l'intervenant.]

1346. *Lorsque deux parties en contestation ont, dans le même tribunal, soit des parents ou alliés qui leur sont communs, soit des parents ou alliés qui n'appartiennent qu'à chacune d'elles, peuvent-elles demander le renvoi devant d'autres juges?*

Il était certain, dans l'ancienne jurisprudence, comme il l'est aujourd'hui, ainsi que nous l'avons dit sur la 1344e *Quest.*, qu'on ne pouvait former la demande en renvoi du chef de ses propres parents ou alliés; mais on faisait une exception pour le cas où ces derniers étaient en même temps parents ou alliés de l'autre partie dans un degré plus proche. (Voy. *Rép.*, au mot *Évocation*, § 1er.)

Ainsi l'on admettait, dit Lepage, *Questions*, p. 241, que, dans le cas où les deux parties avaient des parents ou alliés au même nombre ou au même degré dans le tribunal, il n'était permis ni à l'une ni à l'autre de demander le renvoi; mais que, si l'une des parties avait un plus grand nombre de parents ou alliés, ou bien s'ils étaient en degrés plus rapprochés que les parents ou alliés de son adversaire, celui-ci était recevable à former la demande dont il s'agit.

Rien, ajoute cet auteur, n'empêche aujourd'hui d'adopter cette opinion qui paraît fort raisonnable; on veut que les parties n'aient pas plus de motifs l'une que l'autre de se défier de l'impartialité du tribunal...

Demiau, p. 274, dit, au contraire, que, la loi ne s'expliquant point sur la question qui nous occupe, il paraît que les circonstances qui en sont l'objet ne sont pas un obstacle à la demande, parce que la condition à laquelle la loi attache la faculté de demander le renvoi se trouvant dans les deux parties, elles ont nécessairement le droit d'exercer cette faculté l'une à l'égard de l'autre.

Nous sommes porté à adopter cette dernière opinion, attendu que l'art. 368 n'a fait aucune distinction; mais, comme la question est de nature à se présenter rarement, nous nous dispenserons d'entrer dans le détail des motifs qui nous déterminent. Au surplus, si la demande en renvoi ne devait pas être autorisée dans tous les cas, il serait toujours certain que l'on pourrait récuser les juges parents ou alliés, conformément à l'art. 378, § 1er.

[Nous adoptons cette opinion, qui est aussi celle de Favard, t. 4, p. 868, n° 5. En effet, l'article 368, C. proc. civ., ne distingue pas le cas où une seule partie aurait des parents, de celui où toutes les deux en auraient. Il semble même que lorsque les deux parties ont des parents différents, l'art. 368 doit, à plus forte raison, recevoir son application; lorsque les parents sont communs aux deux parties, nous pensons également que le renvoi peut être demandé, et cette opinion n'est pas contraire à celle que nous avons émise que la partie qui a des parents, ne peut pas demander le renvoi. En effet, lorsque deux parents plaident entre eux, leurs parents communs prennent aussitôt parti, ou pour l'un, ou pour l'autre, les inimitiés divisent bientôt les familles, et dès lors celle des deux parties qui a vu avant l'audience les juges parents se ranger du côté de son adversaire est intéressée à demander son renvoi. L'art. 368 est applicable, puisqu'il est vrai que le renvoi est demandé par une partie, à cause de la parenté de l'autre avec les juges. Ces motifs ne s'appliquent pas au cas où une seule partie a des parents, et que c'est elle qui demande le renvoi.]

Art. 369. Le renvoi sera demandé avant le commencement de la plaidoirie; et, si l'affaire est en rapport, avant que l'instruction soit achevée, ou que les délais soient expirés : sinon, il ne sera plus reçu.

Ord. de 1737, tit. I, art. 28. — Ord. de 1667, tit. V, art. 5. — Ord. de 1669, tit. I, art. 19. — C. proc., art. 96 à 103, 343, 382. — [Locré, t. 9, p. 299.]

CCCIX. La demande en renvoi n'est plus recevable, après les époques déterminées par l'article 369, à moins qu'elle ne fût fondée sur une cause postérieure, telle que l'alliance qui s'effectuerait entre un juge et l'une des parties, la veille du jugement.

1347. *Résulte-t-il de la disposition de l'article 369 que l'on ne puisse, en aucun cas, former une demande en renvoi après l'époque fixée par cet article?*

Il résulte sans doute des termes de l'art. 369 que l'on ne peut, après l'époque qu'il détermine, demander le renvoi pour la parenté ou l'alliance qui existait à cette époque, et même sous le prétexte qu'on n'aurait pas connu ces liens de famille. L'article n'admet point cette exception : sa disposition est absolue (1).

(1) A la vérité, l'on oppose que des causes qui existaient antérieurement à l'époque dont il s'agit, mais qui ne peuvent avoir été connues que depuis par la partie qui veut les faire valoir, sont de nature à servir

Mais la demande nous paraîtrait recevable après l'époque dont il est question, si les causes sur lesquelles elle serait fondée lui étaient postérieures. Telle est la décision de l'art. 382, par rapport à la récusation. Il reçoit ici son application, dit Pigeau, t. 1, p. 306, n° 434, parce que les motifs qui l'ont dicté existent également en matière de renvoi.

Cette opinion, qui est aussi celle de Delaporte, t. 1, p. 338, et des auteurs du Comm., inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 442, est une conséquence de l'ancienne jurisprudence, qui admettait qu'une partie qui avait succombé sur une demande en évocation était admise à en former une seconde dans la suite de la même affaire, s'il était survenu de nouvelles parentés, de nouvelles alliances ou de nouvelles parties. (V. *Rép.*, au mot *Évocation*, § 1er.)

[Dalloz, t. 23, p. 433, n° 10, et Thomine, n° 422, approuvent comme nous cette opinion.]

1348. ***Une partie condamnée par défaut peut-elle, sur son opposition, former sa demande en renvoi?***

On ne saurait en douter, si l'on considère qu'il n'y a, en cas de défaut, aucune plaidoirie de la partie, et que son opposition, si elle est valable dans la forme, remet les choses dans l'état où elles étaient à partir de l'assignation. Il en est ici comme de tout autre déclinatoire, que la partie défaillante est toujours recevable à proposer par suite de son opposition.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 643, partage, avec raison, cet avis; et il ajoute que le renvoi ne pourrait être demandé, sur l'opposition, par celui qui avait obtenu le défaut, parce qu'en le requérant il est censé avoir reconnu l'impartialité des juges; non plus que par la partie qui a commencé par user de la voie de récusation; elle a annoncé par là qu'elle ne craignait pas l'influence des juges récusés sur les autres. Ce dernier point nous paraît contestable: les circonstances peuvent changer. Dans le premier cas, il n'y a pas de doute, parce qu'en obtenant le défaut la partie avait plaidé.]

Art. 370. Le renvoi sera proposé par acte au greffe, lequel contiendra les moyens, et sera signé de la partie ou de son fondé de procuration spéciale et authentique.

Tarif, 92. — [Tar. rais., nos 279 et 280.] — Ord. de 1637, tit. Ier, art. 37. — Ord. de 1669, tit Ier, art. 22. — C. proc., art. 45, 353, 384 et 392. — [Devilleneuve, v° *Renvoi*, n° 16.] — (*Voy.* Formule 325.)

CCCX. La demande en renvoi doit être proposée par acte fait au greffe du tribunal saisi de la contestation (1). Cet acte renferme les moyens et les conclusions de la partie qui comparaît, assistée de son avoué, pour requérir le renvoi; il est signé d'elle ou de son fondé de pouvoir spécial et authentique, et alors la procuration reste entre les mains du greffier, qui l'annexe à la minute de l'acte.

1349. ***Faut-il déposer au greffe une requête contenant la demande en renvoi?***

Commaille, t. 1, p. 413 et 414, n° 236, dit que la demande doit être faite par requête déposée au greffe. Mais nous remarquerons, d'un côté, que l'art. 370, en disant que le renvoi sera *proposé par acte au greffe*, suppose le transport de la partie ou de son procurateur à ce greffe, où le greffier rédige l'acte qui contient la demande en renvoi. D'un autre côté, le tarif n'a point taxé la requête dont parle Commaille, et confirme, au contraire, ce que nous venons d'établir, puisqu'on y trouve, au 14e alinéa de l'art. 92, un droit de vacation *pour l'avoué qui aura assisté la partie*, non pour déposer mais pour y *former la demande*.

[Cette opinion, qui ne nous paraît pas susceptible de doute, est confirmée implicitement par Pigeau qui, dans sa *Proc. civ.*, donne le modèle de l'acte que doit rédiger le greffier.]

1350. ***Le greffier peut-il suppléer au défaut de signature de la partie ou de son procurateur, en mentionnant les causes de son défaut?***

Appliquez ici ce que nous avons dit plusieurs fois, et notamment sur la *Quest.* 195. [Et au titre du *Désaveu*, *Quest.* 1306.] (*V.* les questions de Lepage, p. 246.)

---

de base à une demande en renvoi. Telle est l'opinion qu'émet Legraverend, relativement aux matières criminelles, t. 4, p. 67, n° 318, édit. de la Soc. Typ. Il se fonde sur ce qu'une circonstance inconnue est réputée, en pareil cas, n'avoir pas existé. Nous n'en persistons pas moins dans notre précédent avis, parce qu'il nous semble que la loi, ayant étendu jusqu'au commencement des plaidoiries le délai utile pour proposer cette exception, a jugé que ce laps de temps devait suffire à la partie pour se procurer les renseignements nécessaires. On sent, d'ailleurs, dans quel embarras entraînerait l'admission et le jugement des preuves de l'ignorance dont argumenterait la partie.

[Pour nous, nous ne voyons pas de différence entre le cas où les causes n'existeraient pas encore, et celui où leur existence serait inconnue. (V. *infrà*, nos observations sur la *Quest.* 1394.]

(1) C'est, comme le dit Berriat, note 6, ce qui paraît résulter de l'ensemble du titre; mais cet auteur fait en même temps remarquer, d'après de nombreuses autorités, qu'il faudrait s'adresser à celui qui connaît des règlements de juges, si, à cause de parenté des juges, il y avait insuffisance de nombre. (V. *le Traité des lois d'org. et de compét.*, liv. II, tit. VI.)

1351. *La procuration doit-elle être annexée à l'acte?*

Oui, quoique l'art. 370 garde le silence à cet égard. C'est qu'il est nécessaire qu'on puisse vérifier sa forme, et s'assurer au besoin que le mandataire avait un pouvoir suffisant. (Arg. de l'art. 384. — *V.* Delaporte, t. 1, p. 339; Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 443; Pigeau, t. 1, p. 439.)

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 644, Favard, t. 4, p. 868, n° 6, Dalloz, t. 23, p. 433, n° 11, et Thomine, n° 422, enseignent aussi la nécessité d'annexer la procuration; nous partageons leur avis.]

Art. 371. Sur l'expédition dudit acte, présentée avec les pièces justificatives, il sera rendu jugement qui ordonnera,

1° La communication aux juges à raison desquels le renvoi est demandé, pour faire, dans un délai fixe, leur déclaration au bas de l'expédition du jugement; 2° la communication au ministère public; 3° le rapport, à jour indiqué, par l'un des juges nommé par ledit jugement.

[Tar. rais., nos 281 et 282.] — Dispositions différentes de celles des art. 26, ord. de 1669, et 45, ord. de 1737. — C. proc., art. 385 et suiv. — [Locré, t. 9, p. 240] (1). — (*Voy.* Formule 326.)

1352. *Quelles sont les formalités qui précèdent l'obtention du jugement préparatoire à rendre sur le renvoi?*

On ne signifie point l'acte à fin de renvoi; il ne se fait à son sujet aucune procédure entre les parties; mais il est présenté par l'entremise du président auquel le greffier en remet l'expédition, après quoi intervient le jugement, sans qu'il soit besoin d'appeler à l'audience les parties de la cause et de les entendre. (*V.* Demiau, p. 275, et l'art. 385.)

[Ces observations sont exactes.]

1353. *Les juges dont la parenté ou l'alliance donne lieu à la demande en renvoi peuvent-ils concourir au jugement préparatoire dont il s'agit en l'art.* 371?

Nous ne le pensons pas, car il ne serait pas conséquent qu'ils ordonnassent une communication à faire à eux-mêmes, etc.; ainsi l'on exécute ici l'art. 49 du règlement du 30 mars 1808. (*Voy.* cependant la *Quest.* 1337.)

[La vérité de cette proposition, reconnue par Thomine et Favard, t. 4, p. 868, n° 7, et qui n'est mise en doute par aucun auteur, résulte d'ailleurs de la plupart des arrêts que nous avons cités sur la *Quest.* 1337.]

Art. 372. L'expédition de l'acte à fin de renvoi, les pièces y annexées, et le jugement mentionné en l'article précédent, seront signifiés aux autres parties.

Tarif, 70, 92.—[Tar. rais., n° 283.]—Ord. de 1669, art. 22. — Ord. de 1737, art. 37. — [Notre Dict. gén. de Proc., v° *Renvoi*, n° 95. — Dalloz, *eod.*, nos 29 et 30. — Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier. tit. II, article 90, *Q.* 124, § 7.] — (*Voy.* Formule 327.)

[CCCX *bis*. En matière de renvoi, la procédure est communiquée aux parties en cause: il n'en est pas de même en matière de récusation simple. Le motif de cette différence est que la demande en renvoi peut porter le plus grand préjudice au défendeur, en l'entraînant devant un tribunal autre que celui devant lequel il comptait plaider. La récusation ne peut avoir pour lui le même inconvénient. (*Voyez* la même explication dans Pigeau, *Proc. civ.*, à l'art. 3, n° 3 du chap. *des Renvois*, et en notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 369, n° 15.)]

[1353 bis. *Si l'un des défendeurs ne comparaît pas, que les autres constituent avoué, et que, pendant le cours de l'instruction, le renvoi pour parenté ou alliance soit proposé, faudra-t-il appeler le défaillant sur cette demande?*

Il suffira de lui faire les significations prescrites par l'art. 372, C. proc., et s'il ne comparaît pas, le jugement rendu contre lui ne sera pas susceptible d'opposition, parce que ce jugement adjugera le profit du premier défaut prononcé; telle est aussi l'opinion de Lepage, p. 245, *Quest.* 8.]

1354. *Comment et à quelle époque doivent être faites les significations prescrites par l'art.* 372?

Ces significations se font [évidemment] par acte d'avoué à avoué, avant la communication aux juges parents ou alliés.

1355. *Comment se font aux juges les communications prescrites par le jugement préparatoire?*

Elles se font par la voie du greffe, c'est-à-dire sans signification, et au moyen du dépôt que l'on y fait des pièces à communiquer.

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Lorsque, sur une demande en renvoi pour cause de parenté, le fait de la parenté n'est pas contesté, et qu'il ne s'élève de difficulté que sur le point de savoir si cette parenté est telle qu'elle puisse motiver le renvoi, les tribunaux peuvent statuer sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'instruction spéciale établie par les art. 371 et suiv., C. proc. (Cass., 22 août 1822; Dalloz, t. 8, p. 189; Sirey, t. 23, p. 66.)]

[Telle est aussi, et avec raison, l'opinion de Thomine, n° 423.]

1356. *Les parties adverses de celles qui demandent le renvoi peuvent-elles contester cette demande?*

Elles peuvent contester le renvoi par une requête à laquelle le demandeur peut répondre par une autre. (Voy. *Tarif,* art. 75.)

[Cette opinion, que nous avons émise en notre *Comm. du Tarif,* t. 1, p. 369, n° 5, est adoptée par Pigeau, *Proc. civ.,* à l'art. 3, n° 3 du chap. *des Renvois,* Favard, t. 4, p. 868, n° 6, et Thomine, n° 423.]

ART. 373. Si les causes de la demande en renvoi sont avouées ou justifiées dans un tribunal de première instance, le renvoi sera fait à l'un des autres tribunaux ressortissant en la même cour royale, et, si c'est dans une cour royale, le renvoi sera fait à l'une des trois cours les plus voisines.

Tarif, 75. — [Tar. rais., nos 284 et 285.] — [Carré, *Compét.,* 2e part., liv. II, tit. VI, art. 305, et liv. III, tit. IV, art. 370, *Q.* 476. — Locré, t. 9, p. 241.] — (*Voy.* FORMULES 328, 329 et 330.)

CCCXI. Quand les juges ont fourni leur réponse au bas de l'expédition, ou quand les délais pour la faire sont expirés, le ministère public et le rapporteur nommé reçoivent à leur tour la communication des pièces (1). Enfin, au jour d'audience fixé par le jugement préparatoire, les parties exposent leurs moyens, le rapporteur est entendu, le ministère public donne ses conclusions, et le tribunal rend son jugement définitif par lequel il accueille ou rejette la demande en renvoi.

Quand la demande est accueillie, le tribunal renvoie, par son jugement, les parties et la cause devant un tribunal égal en degré de juridiction.

1357. *Peut-on justifier la demande en renvoi par la preuve testimoniale?*

Demiau, p. 276, cite plusieurs ordonnances qui le permettaient. Pigeau, t. 1, p. 307, n° 436, estime, au contraire, qu'elle ne peut être admise qu'au moyen d'un commencement de preuve par écrit; mais, à défaut de texte précis du Code, nous serions porté à croire qu'il serait permis d'appliquer, par analogie, la disposition de l'art. 389, relative aux récusations, et qu'en conséquence, le tribunal serait libre de rejeter la demande en renvoi sur la simple déclaration des juges, ou d'ordonner la preuve testimoniale.

[Thomine, n° 424, fait observer que, si la preuve testimoniale est admise en matière de récusation, c'est que la récusation repose le plus souvent sur des faits qui ne peuvent pas être prouvés autrement. Mais ceux de parenté ou d'alliance, sur lesquels se fondent les demandes en renvoi, se prouvent par les actes de l'état civil. Il estime donc, et nous partageons son avis, qu'il n'y a pas lieu à la preuve testimoniale.]

1358. *Si les juges du chef desquels la demande en renvoi est formée avouent leur parenté ou alliance [ou qu'elle soit prouvée], peuvent-ils concourir à ordonner le renvoi?*

Nous avons dit, sur la *Quest.* 1353, que nous ne croyons pas qu'ils puissent concourir à rendre le jugement préparatoire dont il s'agit en l'art. 371; à plus forte raison ne peuvent-ils pas statuer sur le renvoi même. Cependant la cour de Colmar, par arrêt du 29 décembre 1810 (Sirey, t. 11, p. 448), a décidé que, dans le cas où plusieurs juges déclarent ne pouvoir connaître d'une affaire, pour cause de parenté avec les parties, de sorte que le tribunal ne puisse se compléter, ce tribunal n'en est pas moins compétent pour ordonner lui-même le renvoi devant le tribunal voisin. Cette cour s'est fondée sur ce que les art. 373 et 375 du Code veulent, le premier, que, si les causes du renvoi sont avouées ou justifiées, ce renvoi soit fait à l'un des autres tribunaux ressortissant en la même cour; le second, que, s'il n'y a pas d'appel, ou que l'appelant ait succombé, la contestation soit portée, sur simple assignation, devant le tribunal qui doit en connaître, etc.; d'où suivrait, d'après l'arrêt précité, que, dès lors qu'il ne reste plus assez de juges pour connaître de la cause, le tribunal, tel qu'il se trouve composé au moment où elle est appelée, serait compétent pour ordonner le renvoi.

Il nous semble, ainsi qu'à Berriat, *h. t.,* note 6, et à Demiau, p. 278, que cette décision ne peut être suivie, d'après les divers arrêts de la cour de cassation que nous avons eu occasion de citer au titre *des Règlements de juges,* et surtout d'après celui du 17 mars 1807 (Sirey, t. 7, p. 510).

Ainsi, l'on doit se pourvoir en indication de juges, de la manière indiquée aux préliminaires du titre *des Règlements de juges.*

[Par trois arrêts des 4 déc. 1807, 30 janv.

---

(1) La partie contre laquelle est formée la demande en renvoi peut mettre beaucoup d'importance à conserver les juges. L'art. 75 du tarif lui permet de signifier ses moyens par une requête à laquelle son adversaire peut répondre. La requête et la réponse, quand il en a été signifié, sont jointes à la communication faite au ministère public et au rapporteur.

et 3 juill. 1813 (Dalloz, t. 23, p. 432; Sirey, t. 14, p. 291 et 433), la cour de Colmar a persisté dans sa jurisprudence qu'avait aussi adoptée la cour de Douai, le 29 juin 1812 (Dalloz, t. 23, p. 347); mais elle y a dernièrement renoncé, le 13 avril 1837, en décidant que lorsque, par suite de récusations, un tribunal de commerce s'abstient tout entier, il y a lieu de se pourvoir devant la cour royale à fin d'indication d'un autre tribunal, et le renvoi doit être ordonné devant le tribunal de commerce le plus voisin, l'affaire n'étant pas dévolue *de droit* au tribunal civil de l'arrondissement.

La jurisprudence abandonnée par la cour de Colmar ne pouvait se soutenir en présence des nombreuses autorités par nous rapportées sur la *Quest.* 1337.]

Art. 374. Celui qui succombera sur sa demande en renvoi sera condamné à une amende qui ne pourra être moindre de 50 fr., sans préjudice des dommages-intérêts de la partie, s'il y a lieu.

Ord. de 1669, art. 35. — Ord. de 1737, art. 79. — C. proc., art. 128, 390, 1029.—[Locré, t. 9, p. 162, 241.]

1359. *L'application de l'art. 374 est-elle facultative ?*

Elle est *forcée* relativement à l'amende, parce qu'elle est au profit du fisc, et que d'ailleurs les expressions de la loi sont impératives sous ce rapport; elle est *facultative* quant aux dommages-intérêts, puisque l'article porte que la condamnation sera prononcée, s'il y a lieu. Il faut remarquer, en outre, qu'un tribunal ne peut accorder de dommages-intérêts qu'autant qu'ils sont *demandés;* car il ne saurait prononcer d'office une condamnation qui ne tient qu'à l'intérêt purement privé des parties.

[Nulle difficulté sur ce point.]

Art. 375. Si le renvoi est prononcé, qu'il n'y ait pas d'appel, ou que l'appelant ait succombé, la contestation sera portée, devant le tribunal qui devra en connaître, sur simple assignation, et la procédure y sera continuée suivant ses derniers errements.

[Tar. rais., n° 286.] — Ord. de 1669, art. 46. — Ord. de 1737, art. 92. — C. proc., art. 376. — [Locré, t. 9, p. 241] (1). — (*Voy.* Formule 531.)

CCCXII. Lorsque le jugement rendu sur une demande en renvoi n'est pas attaqué par la voie d'appel, ou que l'appelant a succombé, rien n'empêche d'en poursuivre l'exécution.

Pour cet effet, la partie la plus diligente le fait signifier à l'autre partie, suivant la règle qui ne permet pas d'exécuter un jugement non signifié.

Si le renvoi est prononcé, la signification du jugement est faite à personne ou domicile, avec simple assignation pour comparaître devant la cour ou le tribunal désigné pour connaître de la demande principale. Sur cette assignation, qui n'a pas besoin d'être libellée, la procédure est, non pas commencée, mais continuée d'après ses derniers errements.

Si le renvoi est rejeté, le jugement est simplement signifié d'avoué à avoué, avec sommation d'y obéir, c'est-à-dire de continuer devant les mêmes juges la procédure commencée.

1360. *L'assignation prescrite par l'art. 375 doit-elle être donnée au domicile réel des parties, ou à celui de leurs avoués ?*

Cette assignation, suivant Hautefeuille, p. 199, serait donnée à domicile d'avoué; mais Lepage, *Quest.*, p. 247 et 248, estime, au contraire, qu'elle doit être donnée à domicile réel.

On peut dire, pour l'opinion de Hautefeuille, que l'assignation dont il s'agit n'est qu'une continuation de procédure, puisque la cause est jugée dans le tribunal indiqué par le jugement de renvoi sur les derniers *errements*, c'est-à-dire qu'elle est reprise à partir du dernier acte qui a été fait devant les juges primitivement saisis : d'où il suit que l'assignation peut être remise aux avoués chez lesquels les parties ont leur domicile de droit pour tout ce qui concerne la contestation.

Lepage oppose qu'en principe général toute assignation est faite à personne ou à domicile; mais qu'il n'y a d'exception qu'autant que la loi prononce formellement, comme elle l'a fait, par exemple, dans l'espèce de l'art. 365. (*Voy.* nos questions sur cet article.) Or, elle ne s'est point exprimée de la même manière dans l'art. 372, et l'on ne peut étendre une exception d'un cas à un autre, ici surtout, où l'espèce diffère essentiellement, et où les motifs de décider ne sauraient être les mêmes.

Au surplus, quoique l'assignation donnée en vertu d'un jugement de renvoi ait pour objet de continuer la procédure suivant les derniers

---

(1) JURISPRUDENCE.

[1° Une section d'une cour d'appel peut, lorsque l'un de ses membres se trouve empêché, renvoyer devant une autre section (Cass., 16 vent. an XII; Sirey, t. 4, p. 109);

2° C'est devant le juge de paix du canton le plus voisin dans l'arrondissement du tribunal civil, et non devant celui d'un autre canton plus proche situé hors de cet arrondissement, que les parties doivent être renvoyées en cas d'empêchement d'un juge de paix et de ses suppléants. (Bourg, 19 mars 1806.)]

errements, il n'en faut pas moins que les parties constituent, dans le nouveau tribunal, des avoués auxquels elles ont à donner des pouvoirs plus ou moins étendus, et qui touchent le fond de la contestation. Les parties seules peuvent remplir cette obligation : il faut donc qu'elles soient assignées à personne ou domicile.

Nous pensons que ces raisons doivent l'emporter sur celles que nous avons alléguées en faveur du sentiment de Hautefeuille ; du moins, croyons-nous que la prudence exige que l'on suive l'opinion de Lepage.

[Nous partageons entièrement l'opinion de Carré et les raisons qu'il fait valoir.]

[**1360** bis. *La partie opposante à un jugement de défaut, au principal, qui, sans faire juger le fond, obtient le renvoi à un autre tribunal, et qui, sur la nouvelle assignation à elle donnée pour y comparaître, se laisse débouter par défaut de son opposition, serait-elle admise à former opposition à ce second jugement?*

Si la partie opposante s'était laissé débouter par défaut de son opposition par le tribunal même qui avait rendu le premier jugement, il est clair qu'une seconde opposition de sa part ne serait pas recevable, *car opposition sur opposition ne vaut*, et d'après l'art. 165, C. proc., *l'opposition ne peut jamais être reçue contre un jugement qui a débouté d'une première opposition*.

En sera-t-il autrement, parce que la partie une fois opposante aura demandé et obtenu son renvoi devant un autre tribunal ? Assignée devant ce dernier, que viendra-t-elle y soutenir, sinon le mal jugé de la sentence qui l'avait condamnée par défaut? quelle autre contestation viendra-t-elle y soulever que celle qu'elle avait introduite devant le tribunal premier saisi, par la voie de l'opposition? C'est donc le même procès qui se continue, qui seulement se déplace : ainsi il faut le continuer sur les mêmes errements, et considérer le jugement de défaut qui interviendra comme un véritable débouté d'opposition, non susceptible d'être de nouveau attaqué par la même voie.

Il est vrai que le second jugement de défaut peut dans ce cas être encore un jugement contre partie, ce qui n'aurait pas eu lieu si l'affaire fût restée au même tribunal, puisque, sur l'opposition, la partie avait nécessairement constitué un avoué ; d'où l'on pourrait dire que, l'avoué ne veillant pas pour elle, on ne devrait pas la traiter si rigoureusement.

Mais cette différence de position, qui est le résultat de son propre fait, ne doit pas lui donner le droit de proroger indéfiniment les procédures, d'accumuler, sans mesure, opposition sur opposition. L'art. 165 ne souffre point d'exception.

C'est au reste l'opinion qu'embrasse Pigeau, dans son *Comm.*, t. 1, p. 647. (*Voy.* notre *Quest.* 695 *ter.*)]

Art. 376. Dans tous les cas, l'appel du jugement de renvoi sera suspensif.

C. proc., art. 392 à 395, 457.

CCCXIII. Tout jugement par lequel un tribunal de première instance a statué sur une demande en renvoi est sujet à l'appel, soit qu'il ait accueilli, soit qu'il ait rejeté la demande, soit que la cause principale ne doive être jugée qu'à charge d'appel, soit qu'elle puisse l'être en dernier ressort ; car, ainsi qu'on l'a dit, il s'agit ici d'une véritable récusation exercée contre un tribunal entier.

La loi déclare, dans l'article présent, que dans tous les cas cet appel sera suspensif : ce serait donc inutilement que le tribunal aurait ordonné l'exécution provisoire de son jugement. Cette disposition demeurerait sans effet, et la procédure sur la demande principale continuerait d'être suspendue jusqu'à ce qu'il eût été statué par la cour royale.

[**1360** ter. *Peut-on appeler quand l'objet du procès au fond est susceptible d'être jugé en dernier ressort?*

Oui : par argument de l'art. 391, qui le décide pour les jugements sur récusation ; or les demandes en renvoi sont de véritables récusations ; et de l'art. 454 qui admet l'appel de tous les jugements où il s'agit d'incompetence ; or les demandes en renvoi sont de véritables contestations sur la compétence. Enfin, les demandes en renvoi ayant, pour celui qui les forme et pour son adversaire, des conséquences bien plus importantes que les simples récusations, les motifs qui ont dicté la disposition de l'art. 391 trouvent ici une application encore plus directe. C'est au reste l'avis de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 648 ; de Favard, t. 4, p. 868, n° 9, et de Thomine, n° 424.]

[**1360** quater. *Qui peut appeler? Les juges du chef desquels le renvoi est ordonné le peuvent-ils ?*

Voyez *infrà* nos observations sur la *Question* 1409, et appliquez les mêmes principes.]

[**1360** quinquies. *Si, pendant l'instance d'appel, il était rendu jugement, soit par le tribunal qui aurait refusé le renvoi, soit par celui auquel il aurait renvoyé, ce jugement serait-il nul, encore bien que la compétence du tribunal dont il serait émané fût plus tard reconnue par la cour ?*

Voyez *infrà* la *Quest.* 1409 *bis*, et appliquez les mêmes principes.]

1361. ***Où se porte l'appel du jugement de renvoi, prononcé par le tribunal de première instance à un autre tribunal du ressort de la même cour royale?***

Il se porte à cette cour; c'est une conséquence des art. 375 et 376.

[Cela est incontestable.]

1362. ***Quand le renvoi est prononcé par une cour royale, y a-t-il lieu au pourvoi en cassation, et le pourvoi, en ce cas, est-il suspensif?***

Le Code de procédure laisse ces questions indécises. Néanmoins nous pensons, avec Jourdain (*Code de compét.*, t. 2, p. 253), qu'il n'y a pas lieu, en ce cas plus qu'en tout autre, de douter de la faculté du pourvoi, lorsqu'il y a d'ailleurs ouverture.

Quant à l'effet suspensif, la règle générale est que les demandes en cassation ne suspendent pas l'exécution des arrêts. Pour faire exception à cette règle, il faudrait qu'une loi l'eût consacrée. L'art. 376 attribue, à la vérité, l'effet suspensif à l'appel du jugement de renvoi; mais on ne trouve pas une semblable disposition sur le pourvoi.

[Pigeau, *Proc. civ.*, à l'art. 5, n° 4, note, du chap. *des Renvois*, exprime la même opinion, que nous adoptons.]

Art. 377. Sont applicables audit appel, les dispositions des art. 392, 393, 394, 395, titre de *la Récusation*, ci-après.

TITRE XXI.

DE LA RÉCUSATION (PARTIELLE) (1).

La *récusation* est une exception par laquelle une partie *refuse* d'avoir pour juge un ou plusieurs des membres du tribunal saisi du procès.

Cette exception se range naturellement dans la classe des exceptions déclinatoires, puisqu'en récusant un magistrat on *évite* de se soumettre à son autorité.

Comme le remarque Poncet, *Traité des actions*, p. 262, la récusation est introduite en premier ordre dans l'intérêt personnel de la partie récusante; mais elle influe nécessairement sur d'autres intérêts, et tend à compromettre celle de la partie adverse, en la privant d'un ou de plusieurs juges dans lesquels elle avait peut-être une confiance particulière. L'intérêt public s'y trouve indirectement engagé, puisqu'elle a pour fondement nécessaire un motif plus ou moins injurieux à la magistrature. Enfin, le juge récusé peut être aussi particulièrement intéressé à obtenir la réparation de l'injuste agression dont il aurait été l'objet.

De là résultent les principales règles que le Code de procédure renferme en matière de récusation, et dont l'objet est de concilier ces intérêts divers.

Art. 378. Tout juge (2) peut être récusé pour les causes ci-après :

1° S'il est parent ou allié des parties ou de l'une d'elles, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement;

2° Si la femme du juge est parente ou alliée de l'une des parties, ou si le juge est parent ou allié de la femme de l'une des parties, au degré ci-dessus, lorsque la femme est vivante, ou qu'étant décédée, il en existe des enfants: si elle est décédée et qu'il n'y ait point d'enfants, le beau-père, le gendre, ni les beaux-frères ne pourront être juges;

La disposition relative à la femme décédée s'appliquera à la femme divorcée, s'il existe des enfants du mariage dissous;

3° Si le juge, sa femme, leurs ascendants et descendants, ou alliés dans la même ligne, ont un différend sur pareille question que celle dont il s'agit entre les parties;

4° S'ils ont un procès en leur nom dans un tribunal où l'une des parties sera juge; s'ils sont créanciers ou débiteurs d'une des parties;

---

(1) V. *suprà*, liv. XVII, des *Justices de paix*, tit. IX, et le titre précédent, n°s 1336, 1337 et 1357.

(2) *Tout juge*. Par ce mot *juge*, il ne faut pas entendre seulement les membres ordinaires d'un tribunal; il faut comprendre en outre les suppléants, les avocats et les avoués, lorsqu'ils se trouvent appelés à connaître d'une affaire, soit en remplacement des juges, soit pour vider un partage. Le ministère public est également récusable (*voy*. art. 381); mais le greffier ne l'est pas. (Rennes, 3 janv. 1818, *Quest.* 591; Dalloz, t. 18, p. 257.) [Cette remarque parfaitement juste, est faite aussi par Favard, t. 4, p. 762, n° 1, Dalloz, t. 23, p. 350, n° 6, et Thomine, n° 425.]

5° Si, dans les cinq ans qui ont précédé la récusation, il y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties, ou son conjoint, ou ses parents ou alliés en ligne directe;

6° S'il y a procès civil entre le juge, sa femme, leurs ascendants et descendants, ou alliés dans la même ligne et l'une des parties, et que ce procès, s'il a été intenté par la partie, l'ait été avant l'instance dans laquelle la récusation est proposée; si, ce procès étant terminé, il ne l'a été que dans les six mois précédant la récusation;

7° Si le juge est tuteur, subrogé tuteur ou curateur, héritier présomptif ou donataire, maître ou commensal de l'une des parties; s'il est administrateur de quelque établissement, société ou direction, partie dans la cause; si l'une des parties est sa présomptive héritière;

8° Si le juge a donné conseil, plaidé ou écrit sur le différend, s'il en a précédemment connu comme juge ou comme arbitre; s'il a sollicité, recommandé, ou fourni aux frais du procès; s'il a déposé comme témoin; si, depuis le commencement du procès, il a bu ou mangé avec l'une ou l'autre des parties dans leur maison, ou reçu d'elles des présents;

9° S'il y a inimitié capitale entre lui et l'une des parties; s'il y a eu, de sa part, agressions, injures ou menaces, verbalement ou par écrit, depuis l'instance, ou dans les six mois précédant la récusation proposée.

Ordonn. de 1667, tit. XXIV, art. 1 à 12. — C. pr., art. 14, 197, 363 et suiv., 514, 1014. — [Devilleneuve, v° *Récusation*, n°s 1 à 13 *bis*. — Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. Ier, chap. 6, art. 57, *Q*. 83, et art. 58, et liv. II, tit. 6, art. 306, *Q*. 369 et 370. — Locré, t. 9, p. 162, 242, 262, et suiv.] (1).

CCCXIV. Outre la récusation pour causes déterminées, qui faisait l'objet d'un titre dans l'ord. de 1667, nous connaissions, avant le Code de procédure, une autre espèce de récusation nommée *péremptoire*, qu'une loi du 23 vend. an IV avait empruntée de l'ancien droit romain. La récusation péremptoire était faite par une simple déclaration au greffe, sans déduction de motifs; mais chaque partie ne pouvait récuser péremptoirement qu'un seul juge.

Quoique la récusation péremptoire eût encore quelques partisans, l'abus en a paru trop facile pour qu'elle méritât d'être conservée.

Toute partie qui veut récuser un juge doit donc avoir maintenant, comme avant la loi du 24 vend. an IV, des motifs ou causes légitimes de récusation.

La loi, soigneuse de céder aux justes appréhensions des parties, sans pourtant rien abandonner à leurs passions aveugles, non plus qu'à la crainte imaginaire, a pris soin d'énumérer les causes qui peuvent donner lieu à la récusation dans les tribunaux inférieurs et dans les cours.

Rangeant ces causes en neuf classes, elle a dit que tout juge pouvait être récusé.

Elle a fourni une série de cas dans lesquels elle a établi, contre le juge, la présomption légale de partialité, qui peut servir de fondement à la récusation. Il est facile de s'apercevoir, à la lecture de l'article, que toutes ces causes se rattachent à quatre motifs principaux, qui sont: l'intérêt, l'affection, la haine ou la prévention du juge.

Si nul témoin ne peut être entendu dans sa propre cause, aucun juge, à plus forte raison, ne doit prononcer entre son intérêt et celui d'un tiers: *Nemo jus sibi dicere debet*. Voilà pourquoi le juge devient récusable, lors même qu'il n'a qu'un intérêt éloigné ou indirect à la décision de l'affaire. Ceux que la loi désigne comme intéressés sont l'héritier présomptif ou le donataire des parties, ou l'une d'elles; celui qui soutient un différend sur une pareille question que celle à juger; celui qui reçoit un présent d'une partie, ou qui trouve dans cette partie son juge, son créancier ou son débiteur.

L'affection peut également faire dévier la raison du juge, car presque toujours les mouvements du cœur empêchent les opérations du jugement. Comme l'affection est un sentiment naturel dans un tuteur, un curateur, un administrateur, un commensal, un maître, elle devient, dans les juges investis de l'une de ces qualités, une cause de récusation. Il en est de même des liens de parenté ou d'alliance, lorsque les degrés n'en sont pas encore trop éloignés. Cependant il faut sur ce point remarquer, avec la loi, que la cause de récusation n'existe qu'entre les parties et les juges qui sont unis par ces liens, mais qu'elle ne s'étend pas jus-

---

(1) JURISPRUDENCE.

[1° Le juge qui, dans une affaire criminelle, a conclu contre un individu, en qualité de ministère public, peut le juger, en sa qualité de juge, dans une autre affaire non connexe, mais de la même nature. (Cass., 4 juillet 1828, Sirey, t. 28, p. 382.)

2° La récusation peut être proposée par un avocat ou un officier ministériel, contre les magistrats composant le tribunal devant lequel il exerce, lorsque ce tribunal est appelé à juger une question de discipline qui le concerne. (Bourges, 13 déc. 1808.)

3° Il existe une cause valable de récusation contre un procès-verbal dressé par un garde-vente, d'une coupe de bois, lorsqu'il est en même temps caution solidaire de l'adjudicataire. (Cass., 7 nov. 1817; Sirey, t. 18, p. 162; Dalloz, t. 23, p. 123.)]

qu'aux personnes qui représentent simplement une partie. Si donc le juge n'est parent que du tuteur, du curateur, de l'administrateur ou mandataire de l'une des parties, il n'y a pas lieu à récusation, à moins que lesdits tuteurs, curateurs, administrateurs ou mandataires n'aient dans la cause un intérêt distinct et personnel.

Si l'intérêt ou l'affection empêchent le juge de voir avec exactitude, et de peser avec impartialité les moyens d'une affaire, la haine, cette passion qui maîtrise l'homme, et dénature à ses yeux les rapports les plus simples comme les faits les plus évidents, n'est pas un obstacle moins difficile à surmonter pour lui; c'est pourquoi tout ce qui décèle, de la part du juge, inimitié capitale ou simple animadversion, des agressions, des injures ou des menaces, un procès criminel dont la mémoire ne peut encore être effacée, un procès civil existant ou récemment terminé, sont rangés au nombre des causes de récusation.

Mais de tous les obstacles qui peuvent empêcher la vérité de parvenir jusqu'à la conscience du juge, la prévention est sans doute le plus dangereux et le plus difficile à surmonter. Un magistrat intègre peut se tenir en garde contre les séductions de son intérêt, contre les penchants de son affection, contre les tentations de sa haine, tandis que le juge prévenu consultera vainement sa raison et ses lumières; dirigé insensiblement par son amour-propre, tous ses efforts ne tendront qu'à lui fournir des armes pour accréditer et défendre l'erreur qu'il aura d'abord embrassée : c'est donc avec raison que la loi a mis au nombre des juges récusables, celui qui d'avance a fait connaître son opinion, soit comme conseil, comme avocat, comme avoué, comme juge ou comme arbitre, soit en sollicitant pour une partie, en fournissant aux frais du procès, en déposant comme témoin dans l'affaire, etc.

L'ordonnance de 1667, après avoir énuméré la plupart des causes de récusation que nous avons rapportées, ajoutait : « N'entendons exclure les autres moyens de fait ou de droit, pour lesquels un juge pourrait être valablement récusé. »

Cette disposition trop générale avait engagé la plupart des auteurs à rechercher quels étaient les moyens de fait ou de droit qui permettaient de récuser un juge, quoiqu'ils ne fussent pas écrits dans l'ordonnance. Les rédacteurs du Code, en consultant l'expérience, ont tâché de prévoir et de fixer tous les cas où peut avoir lieu la récusation. C'est sans doute par ce motif qu'ils n'ont pas cru devoir maintenir la disposition citée. (*Voy.* la question suivante.)

QUESTIONS SUR L'ENSEMBLE DE L'ARTICLE.

1363. *Les causes de récusation de juges peuvent-elles être admises comme causes de reproche contre les témoins?*

Pigeau, t. 1, p. 202, n° 320, dit que l'on peut adopter pour principe que les causes de récusation contre les juges sont causes de reproche contre des témoins, toutes les fois qu'il n'y a pas de raisons particulières pour en décider autrement.

Mais on remarquera que, si le législateur a étendu les causes de récusation de juges au delà des cas où l'art. 283 autorise à reprocher les témoins, c'est, comme l'ont dit tous les auteurs, par la raison qu'il est plus facile de remplacer des juges, qu'il ne l'est de suppléer des témoins. Nous ne croyons donc pas que l'on doive admettre en principe que les causes de récusation soient, de plein droit, des causes de reproche, et nous pensons que l'on doit appliquer au cas où l'on opposerait contre un témoin celles des causes qui donneraient lieu à récuser un juge, mais qui ne seraient pas mentionnées en l'art. 283, ce que nous avons dit sur la *Quest.* 1101.

[*Voy.* aussi nos observations sur la *Question* 1101.]

1364. *Les causes de récusation indiquées dans l'art. 378 sont-elles les seules qui puissent être proposées?*

Cette question divise les auteurs; les uns, et entre autres Lepage, *Quest.*, p. 251, et Demiau, p. 279, estiment que la justice exige que l'on admette les causes de récusation autres que celles qui sont détaillées dans le Code, toutes les fois qu'elles seraient de nature à faire concevoir de justes craintes de partialité; d'autres, comme Thomine, n° 425, et Hautefeuille, p. 200, pensent, au contraire, qu'on ne peut aller au delà des dispositions de l'article 378. Il n'y a, disent-ils, rien d'arbitraire en matière de récusation de juges; la loi désigne *tous les motifs et les* SEULS *motifs de récusation.*

Cette dernière opinion a été consacrée par un arrêt de la cour d'Agen du 28 août 1809 (Dalloz, t. 23, p. 347; Sirey, t. 10, p. 303), et nous paraît conforme à l'esprit du législateur, qui n'a énuméré les causes de récusation qu'afin de prévenir des inculpations vagues et injurieuses à la magistrature; inculpations dont la décision serait abandonnée à l'arbitraire, et qui d'ailleurs pourraient, en obligeant le juge à se récuser lui-même par délicatesse, produire en définitive l'inconvénient de mettre au pouvoir d'une partie d'écarter, par des allégations

sans fondement, un magistrat dont elle n'aurait véritablement à craindre que les lumières de l'intégrité.

C'est pour prévenir cet inconvénient, c'est aussi parce qu'il était injurieux à la magistrature de laisser planer un soupçon sur un juge récusé sans motifs, que notre Code actuel a interdit les récusations péremptoires. (V. *Discours du tribun Perrin.*) Or, nous demanderons s'il ne serait pas plus injurieux encore à l'ordre judiciaire, et plus dangereux dans les résultats, d'autoriser l'allégation de toute espèce de causes, qu'une partie, au gré de sa malignité et de son intérêt, prétendrait pouvoir opposer comme moyen de récusation?... Pourrait-on, par exemple, admettre un plaideur, ainsi que le pense un des commentateurs du Code, à récuser un juge, sous prétexte que des parents ou alliés de sa concubine seraient parties dans l'instance?... Nous sommes dispensé, sans doute, de détailler les inconvénients qui résulteraient de la discussion scandaleuse d'un pareil moyen.

Nous pensons donc que l'on ne peut admettre d'autres causes de récusation que celles énumérées en l'art. 378.

Telle est aussi l'opinion que Berriat paraît adopter, *h. t.,* notes 42, 43 et 44. Il cite ce passage de Rebuffe : *Judex recusatur in causâ suæ* amasiæ, *quia* amasius, *pro* amasiâ *omne fas atque nefas committeret...;* mais il ne le cite que pour faire la censure des causes de récusation que l'on admettait autrefois, et qu'il n'y aurait pas de raison pour rejeter aujourd'hui, s'il était permis de s'écarter des dispositions restrictives de l'art. 378. (*V.* nos questions sur l'art. 380.)

Au surplus, notre opinion paraît confirmée par la suppression dans le Code de la disposition de l'art. 12 du tit. XXIV de l'ord., par laquelle le législateur, après avoir rapporté plusieurs moyens de récusation, marquait expressément son intention de n'entendre exclure les autres moyens de fait ou de droit pour lesquels un juge pourrait être valablement récusé.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 652, pense, au contraire, que l'art. 378 n'est pas limitatif. Nous croyons, comme Carré, que le législateur, en déterminant les cas de récusation, a exclu tous les autres qui étaient beaucoup plus nombreux sous les lois anciennes. Cette vérité nous paraît incontestablement résulter des observations faites sur cet article, par la section de législation du tribunat, et des changements qu'ils amenèrent dans la rédaction définitive. En applaudissant à la suppression de certaines causes de récusation et à celle de la récusation péremptoire, la section ajoutait : « Mais aussi la section pense que ce sont des motifs qui doivent engager le législateur à *énumérer toutes les causes* de récusation que l'usage et la raison ont introduites; elle propose, en conséquence, de comprendre le cas où le juge a bu ou mangé avec la partie, et celui où il a reçu d'elle des présents. » On peut voir ces observations dans Locré, t. 9, p. 242. Cet amendement fut accueilli; il s'ensuit, ce nous semble, qu'il a été dans l'intention du législateur d'*énumérer toutes les causes* de récusation, et par conséquent d'exclure toutes celles qui ne seraient pas comprises dans son énumération.

Mais, disent les partisans de l'opinion contraire, si le juge est membre d'une société qui plaide, représentée par son administrateur, si le juge est l'ami intime du plaideur, ne pourra-t-on pas le récuser? Dans le premier cas, nous répondrons que oui, parce que le juge aurait un intérêt personnel dans la contestation et qu'il serait partie; mais, dans le second, nous dirons que, s'il faut admettre avec la loi que l'inimitié capitale peut étouffer dans le cœur d'un magistrat tout sentiment de justice, il n'en est pas de même de l'amitié qui ne peut pas aveugler au point de faire trahir à un juge ses devoirs; le législateur l'a du moins pensé ainsi : car autrement pourquoi n'aurait-il point parlé d'une amitié notoire, comme il a dit une inimitié capitale? Pigeau pense aussi qu'il est naturel de récuser un juge dans les cas où un témoin peut être reproché; mais, en comparant l'art. 283, qui parle des reproches des témoins, avec l'art. 378, on voit que l'observation de Pigeau est sans objet; car les seuls cas qui se trouvent dans l'art. 283, sans être dans l'article 378, sont, 1° si le témoin est en état d'accusation; 2° s'il a été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou même à une peine correctionnelle pour vol. Assurément la récusation ne sera jamais exercée sur un juge qui serait dans l'un de ces trois cas, parce qu'il aurait cessé de faire partie du tribunal, du moins comme juge délibérant. Que s'il a été nommé juge depuis sa condamnation, cette marque de confiance de la part de l'autorité supérieure doit, à nos yeux, être prise pour une réhabilitation qui efface les taches antérieures.

Au reste, deux arrêts ont appliqué notre doctrine, l'un de la cour de cass. du 12 juin 1809 (Dalloz, t. 1, p. 282; Sirey, t. 14, p. 89), l'autre de la cour de Bourges du 27 juill. 1822. Ils décident tous les deux que la parenté du juge avec l'avocat ou l'avoué chargé de la défense d'une partie ne peut servir de fondement à une récusation, précisément parce que cette cause n'a pas été prévue par l'art. 378.

Enfin, Merlin, *Rép.*, v° *Récusation,* § 1, n° 6, Favard, t. 4, p. 762, n° 1, Dalloz, t. 23, p. 332, n° 1, et Thomine, n° 425, partagent notre opinion.]

1365. *La récusation peut-elle être proposée dans les tribunaux de commerce ?* [Quid en

matière criminelle, correctionnelle ou de simple police ?]

Oui sans doute, puisque l'art. 378 renferme ces expressions générales, *tout juge peut être récusé pour les causes ci-après.*

Vainement opposerait-on que la loi veut que le ministère public soit entendu (art. 385); ce qui ne peut avoir lieu dans les tribunaux de commerce. On répond que la loi veut aussi que le ministère public soit entendu sur les déclinatoires pour cause d'incompétence; et cependant cette exception est proposée devant les juges de commerce (art. 424). Mais c'est trop s'arrêter peut-être sur cette question, qui ne souffre pas de difficulté sérieuse. (Voy. *Questions* de Lepage, p. 254.)

[Cette solution, comme le dit Carré, n'est pas susceptible de doute; elle est adoptée par Thomine, n° 425.

Quant aux tribunaux criminels et aux tribunaux administratifs, nulle disposition spéciale des lois qui les régissent ne s'occupant de la récusation, on a toujours pensé qu'il faut suppléer à leur silence, sur ce point, par les dispositions relatives à la récusation en matière civile. La cour de cass. l'a ainsi jugé, le 24 oct. 1817 (Dalloz, t. 23, p. 330; Sirey, t. 18, p. 160), et la cour de Caen, le 27 mars 1838; nous aurons occasion de revenir sur ces arrêts (*Quest.* 1398 *bis*). Mais le principe qu'ils consacrent nous avertit que, relativement à la matière qui nous occupe, les décisions rendues dans des causes criminelles, correctionnelles ou de simple police, doivent avoir la même autorité que les décisions des tribunaux civils, suivant la remarque fort judicieuse de Merlin, *Rép.*, v° *Récusation*, § 3, art. 2. C'est pourquoi nous citerons indifféremment les unes et les autres.

Quant à la récusation des juges de paix, elle est régie par le tit. IX du liv. Ier, de notre Code.]

1366. *Le demandeur peut-il récuser un juge, quand le défendeur n'a pas constitué avoué?*

C'est notre opinion, fondée sur ce que, les conclusions du demandeur ne pouvant lui être adjugées qu'autant qu'elles sont justes et bien vérifiées, il peut avoir à craindre l'influence d'un juge récusable.

Mais il n'en est pas ainsi du défendeur, puisqu'il doit être congédié de la demande sur le défaut de sa partie adverse. Ici, nul motif pour l'autoriser à récuser. (*Voy.* Lepage, *Questions*, p. 259.)

[Le défendeur peut avoir également intérêt à récuser un juge. (*Voy.* notre *Quest.* 617.)]

[**1366** bis. *Peut-on récuser un tribunal ou une cour, en masse, et quelle serait la procédure à suivre en pareil cas ?*

Cette question est traitée aux titres *des Renvois*, sous le n° 1337.]

§§ I et II (1).

1367. *Le juge parent ou allié des deux parties peut-il être récusé?*

Nous appliquons ici les motifs de décision fournis sur la *Quest.* 1344, en ajoutant qu'il y a d'autant moins de doute en matière de récusation, que l'art. 378 porte que tout juge peut être récusé, s'il est parent ou allié DES PARTIES ou *de l'une d'elles.* Ainsi, le législateur a clairement prévu le cas de la parenté ou alliance du chef des deux parties, et il l'a fait, sans doute, parce qu'il était difficile de supposer que le juge eût le même degré d'affection pour chacune d'elles, etc. Telle est aussi l'opinion de Rodier;

[Celle de Pigeau, *Proc. civ.*, t. 1, à l'art. 2, première cause, premier cas, du chap. *Récusation*, de Thomine, n° 426, et la nôtre.]

1368. *Mais le juge peut-il aussi être récusé par la partie dont il serait parent ou allié, sans l'être de la partie adverse?*

Si nous avons dit, sur la *Quest.* 1344, que la partie parente ou alliée du juge ne peut demander le renvoi devant un autre tribunal, c'est en nous fondant sur ces mots de l'art. 368, *lorsqu'une partie aura...*, L'AUTRE PARTIE *pourra*, etc.; mais ces termes ne se retrouvent point dans l'art. 378. On y lit seulement *que tout juge peut être récusé, s'il est parent ou allié des* PARTIES, *ou de l'une d'elles;* et de là nous devons conclure que, la loi n'ayant point distingué, la partie même dont le juge est parent ou allié peut le récuser. Le législateur a considéré qu'il pouvait exister dans les familles des haines qu'il ne fallait pas obliger un parent à révéler; peut-être aussi a-t-il craint que, par excès de délicatesse, un juge ne conçût de la prévention contre un de ses parents, dans la crainte d'être accusé de partialité pour lui, et il a voulu que ce juge fût récusable par ce parent lui-même, pour cause de *la parenté seulement.* Telle est aussi l'opinion de Pigeau, t. 1, p. 299, n° 428, et de Berriat.

Au reste, personne ne doute que l'on n'admît le déport d'un juge fondé sur la parenté ou l'alliance; ces deux causes sont donc des causes de récusation proposables par celui même que de semblables liens unissent au juge.

(1) *Voy.*, sur l'art. 283, plusieurs questions qui ont trait aux causes de récusation mentionnées dans ces deux premières dispositions de l'art. 378.

[Cet avis, que nous adoptons, est encore partagé par Favard, t. 4, p. 762, n° 2, et Thomine, n° 426.]

[1368 bis. *La parenté naturelle produirait-elle les mêmes effets que la parenté légitime?*

Oui, car les présomptions d'affection ou de haine qui ont fait introduire au nombre des causes de récusation la parenté légitime, peuvent également dériver de la parenté naturelle. La cour de cassation a même décidé, le 6 avril 1809 (Dalloz, t. 27, p. 93; Sirey, t. 9, p. 136), que l'enfant naturel, incestueux ou adultérin de la femme, est allié du mari de cette femme, et, comme tel, passible des causes de reproche édictés par la loi contre les témoins : à plus forte raison de semblables rapports autoriseraient-ils une récusation.

Notre avis est partagé par Thomine, n° 426.]

1369. *Dans le cas où le mariage a été dissous par le divorce, le beau-père, le gendre et les beaux-frères sont-ils récusables, lorsqu'il n'existe pas d'enfants, de même qu'ils le sont dans le cas du décès de la femme?*

Pigeau convient, t. 1, p. 297, n° 427, que les expressions de la loi semblent présenter la négative de cette question, et cependant il estime que l'on peut, *dans le cas où il n'existe pas d'enfants* d'un mariage dissous par le divorce, récuser le beau-père, le gendre et les beaux-frères.

Quelle que soit l'importance des considérations sur lesquelles cet auteur se fonde, nous ne pouvons admettre une opinion qui suppose la radiation, dans le § 2 de l'article, de ces termes formels, *s'il existe des enfants du mariage dissous.*

[Nous adoptons l'avis de Carré, avec Berriat, note 7, Favard, t. 4, p. 762, n° 2, et Dalloz, t. 23, p. 332, n° 4.]

§ III.

1370. *Qu'est-ce que la loi entend par le mot* DIFFÉREND, *employé dans le* § 3 *de l'article* 378?

Selon les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 380, on doit entendre un procès soumis à des arbitres ou à des tribunaux.

On peut opposer cependant que la loi se servant, au § 3 de l'art. 378, du mot DIFFÉREND, au lieu du mot PROCÈS qu'elle emploie au § 4, il suffirait, pour que le juge fût récusable, qu'il y eût une contestation à naître. Mais les auteurs du *Prat.* citent, à l'appui de leur opinion, un arrêt de la cour de cass. du 15 mess. an XI (Dalloz, t. 23, p. 334; Sirey, t. 4, p. 40), qui a décidé qu'il fallait que le DIFFÉREND fût né; or, il ne l'est qu'autant que la contestation est soumise à des arbitres ou à des juges. La cour de cassation a considéré que la possibilité qu'un différend survienne par la suite, n'est pas prise en considération par la loi, dont la disposition n'est relative qu'au différend actuellement existant. On peut ajouter un autre arrêt de la même cour du 27 niv. an XII. (Dalloz, t. 21, p. 139; Sirey, t. 4, p. 296. — *V.* au reste Rodier, sur l'art. 5 du tit. XXXIV, *Question* 2, et les *Questions de droit* de Merlin, v° *Transcription* au bureau des hypothèques, § 3) (1).

[Quoique Favard, t. 4, p. 762, n° 2, partage l'avis de Carré sur la portée des arrêts que cite ce dernier auteur, nous ne pensons pas qu'ils doivent être interprétés dans ce sens que le mot *différend* s'entende d'un procès actuellement existant, et non d'un procès qui doit naître un jour. En effet, la cour de cassation a bien eu le soin de ne pas confondre le mot *différend* avec le mot *procès;* elle n'a toujours employé que le premier, et elle a seulement décidé qu'avoir un *différend* ne signifie pas être dans la possibilité qu'un jour, en cas de contestation, la même question intéressera le juge. Cela ne pouvait pas être autrement; car, avec un système contraire, il n'y aurait pas de juge qui ne pût être récusé sur toutes les questions relatives à des propriétés, par cela seul que des propriétés semblables seraient possédées par les juges; mais la *possibilité d'une contestation future*, un *différend actuel*, et un *procès actuel*, sont, à notre avis, trois choses distinctes. Un *différend* est *actuel* lorsque déjà des prétentions ont été élevées de part et d'autre, lorsque déjà les parties ou leurs conseils se sont vus pour discuter leurs titres, lorsque des lettres ont été écrites, lorsqu'enfin le procès est près d'éclater; tel est le sens du § 3 de l'art. 378.

Il y a *procès actuel* lorsque les tribunaux ont été saisis de la contestation, c'est ce que signifie le § 4 du même article, et ce n'est pas sans motif que le législateur s'est servi du mot *différend* dans le § 3, au lieu du mot *procès*. C'est qu'il suffit qu'un juge ait une contestation sur une pareille question pour qu'il soit intéressé à la solution que le tribunal donnera; il n'est pas nécessaire, pour concevoir cet intérêt, que la contestation soit déjà l'objet d'un procès. La solution du tribunal pourra hâter l'éclat du procès et rendre le juge plus fort

(1) Ces arrêts ont été rendus sous l'empire de l'ordonnance; mais on remarquera que l'art. 5 du titre XXIV portait, comme l'art. 378, que le juge pourra être récusé s'il a un différend sur pareille question que celle dont il s'agit entre les parties.

dans les prétentions élevées sur la même question. Nous ne croyons donc pas que les mots *différend* et *procès* soient synonymes, et si la question se représentait, on ne pourrait pas, comme les auteurs le soutiennent, invoquer les deux arrêts comme autorité, à moins qu'il ne s'agit, comme dans les espèces dans lesquelles ils ont été rendus, non pas même d'un *différend existant*, mais de la *possibilité d'un différend* sur pareille question.

Dalloz, t. 23, p. 332, n° 5, embrasse notre opinion; mais Thomine, n° 427, est d'un avis contraire. La cour de Rennes a aussi jugé, le 4 fév. 1818, que dès qu'il n'est pas justifié qu'un arbitre est *actuellement* en procès avec l'une des parties, l'art. 378 n'est pas applicable, et la récusation n'est pas dans les termes de la loi. Mais cet arrêt n'est pas plus décisif pour la question que ceux de la cour de cassation, dont nous avons déjà parlé.]

1371. *Qu'entend-on par ces mots :* PAREILLE QUESTION?

On n'entend pas que le différend qu'aurait le juge soit pareil, dans toutes les circonstances, à celui dans lequel la récusation est proposée; il suffit qu'il présente, en droit ou en fait, une question susceptible de recevoir la même décision (1).

[Cette interprétation, que reproduit Thomine, n° 426, nous paraît très-sage.]

1372. *Peut-on prouver par témoins qu'il existe, sur une pareille question, un différend auquel le juge ou ses parents ou alliés en ligne directe seraient intéressés?*

L'art. 5 du tit. XXIV de l'ord. de 1667 le défendait expressément; il exigeait qu'il y eût preuve par écrit; sinon le juge devait en être cru à sa déclaration, sans que le récusant pût être reçu à la preuve par témoins, ni même demander aucun délai pour rapporter la preuve par écrit.

Quoique cette disposition ne se retrouve point dans le Code de procédure, nous ne pensons pas qu'il soit entré dans l'esprit du législateur d'autoriser dans tous les cas la preuve testimoniale, dont l'inconvénient serait de donner lieu, sur la récusation, à un procès dont la durée serait souvent très-longue et le succès dangereux, puisqu'il dépendrait de la foi des témoins. D'ailleurs, combien ne serait-il pas difficile de prouver par témoins la similitude de la question entre le procès du juge et celui du récusant?

Ce sont ces inconvénients que l'article précité voulait prévenir, en interdisant la preuve testimoniale, et cette prohibition avait en outre l'avantage, comme le remarquait Pussort, lors des conférences des rédacteurs, d'écarter toutes les difficultés que pouvait présenter la question de similitude du procès, en exigeant la représentation des assignations, des compromis, de tous autres actes de procédure, en un mot de toutes preuves écrites. (*V.* Rodier, *Quest.* 2, et Serpillon, sur l'art. 5.)

Au surplus, on peut inférer du silence du Code que la loi laisse aux juges à ordonner ou à refuser la preuve par témoins, suivant les circonstances, c'est-à-dire lorsque l'impossibilité de prouver autrement serait constante, et que les faits articulés seraient vraiment pertinents. C'est ainsi qu'il pourrait y avoir nécessité d'admettre la preuve par témoins, lorsque le juge qu'une partie voudrait récuser ne serait pas en nom direct au procès qui ferait l'objet de la récusation, par exemple, s'il était associé de celui qui aurait ce procès, que la société fût verbale ou sous signature privée, et conséquemment secrète. Alors, la preuve testimoniale qui était interdite, même en ce cas, par les dispositions générales de l'ordonnance, pourrait être reçue, parce que le Code ne contient aucune prohibition, et qu'il serait impossible de prouver par écrit. (*Voy.* Rodier, *ubi suprà,* et l'art. 389.)

[C'est-à-dire, en deux mots, qu'on ne peut pas prouver par témoins la similitude des questions qui pendent à juger, chose qui n'est pas du ressort des sens, mais qu'on peut prouver par témoins l'existence du différend qu'on allègue, sauf aux juges à en apprécier, par d'autres moyens, le plus ou le moins d'analogie avec le procès que le récusé est appelé à vider.]

§ IV.

1373. *En quel cas le juge est-il récusable, si lui-même, sa femme, ses ascendants, etc., sont créanciers ou débiteurs d'une des parties?*

Le juge est récusable, dans notre opinion, toutes les fois qu'il est obligé envers la partie, ou qu'elle est obligée envers lui pour un capital, encore bien que la dette ne soit pas encore exigible.

Mais on admettait généralement, dans l'ancienne jurisprudence, qu'on ne pouvait récuser le juge locataire ou fermier de l'une des parties, lorsqu'il ne devait pas de loyers, parce qu'on ne le considérait pas alors comme débiteur; il en était ainsi du débiteur d'une rente, s'il ne devait point d'arrérages, parce qu'il n'est pas débiteur du principal tant qu'il n'est pas dans le cas où la loi autorise le créancier à exiger le remboursement. (*Voy.* Rodier sur l'art. 10 du tit. XXIV de l'ord., *Quest.* 8; Jousse,

(1) *Voy.* les développements et les preuves de cette proposition dans le *Comment.* de Serpillon, sur l'article 5 du tit. XXIV.

sur le même article et sur l'art. 12 ; Serpillon, sur l'art. 1er.)

Pigeau, t. 1, p. 299, n° 427, admet ces distinctions ; et nous croyons que son opinion doit être suivie, parce qu'en effet la dette des loyers et fermages, celle des arrérages de rentes, n'existent qu'au fur et à mesure de la jouissance. Ce ne serait donc que dans le cas où il y aurait des termes arriérés, que nous voudrions appliquer la disposition du § 4 de l'art. 378.

[Toutefois, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 653 et 654, n'admet ces distinctions que pour le cas où le juge est débiteur, parce que la dette à terme ou conditionnelle ne le met pas sous la dépendance actuelle de la partie ; mais, s'il est créancier, peu importe, d'après le même auteur, que sa créance soit exigible ou non ; il a toujours intérêt au soutien et accroissement de la fortune de son débiteur. Favard, t. 4, p. 762, n° 3, ne s'occupe que de la première hypothèse ; et Thomine, n° 427, applique la distinction aux deux cas : il ajoute, avec raison, que, pour devenir un sujet légitime de récusation, la créance devrait avoir une certaine importance.

Nous croyons difficile de poser sur ce point des règles certaines, la décision pouvant dépendre des circonstances et de la situation respective du débiteur et du créancier, laquelle peut varier à l'infini. Cependant, en principe, nous pensons qu'une dette à terme ou conditionnelle ne met pas moins le débiteur sous la dépendance de son créancier que la dette exigible, parce qu'il a intérêt à le ménager pour obtenir prorogation ou éviter des poursuites.

Au reste, on résoudrait d'une façon analogue la question de savoir si le juge peut connaître d'une affaire où son fermier est intéressé. (*V.* la *Quest.* 1377.)

Mais il faut remarquer que les rapports de créancier ou de débiteur entre une partie et son juge ne peuvent être un motif de récusation que pour la partie adverse qui peut avoir à redouter soit la dépendance du juge débiteur, soit l'intérêt du juge créancier. Quant à la partie créancière ou débitrice elle-même, ces circonstances ne peuvent jamais que lui être favorables, à moins de poursuites de part ou d'autre, ce qui ferait rentrer notre espèce dans le § 6 plutôt que dans le § 4 de notre article. (*Voy.* la *Quest.* 1374.)

La preuve de l'existence ou de la validité du titre en vertu duquel un parent du juge se prétend créancier de l'une des parties, n'est pas à la charge de celle qui s'en fait un motif de récusation ; il suffit que la prétention existe. (Paris, 1er mars 1836 ; Sirey, t. 36, p. 197.)

Le tiers saisi qui a consigné les sommes qu'il a déclaré devoir, n'étant plus dès lors débiteur ni du saisissant ni du saisi, peut concourir au jugement de la contestation qui s'élève entre l'un et l'autre ; la cour de cass. l'a ainsi décidé, le 16 juin 1815 (Dalloz, t. 10, p. 492 ; Sirey, t. 15, p. 300).]

1374. ***Y aurait-il lieu à récuser le juge sur lequel une partie aurait accepté un transfert de créance?***

Une déclaration du 27 mai 1705, rapportée au *Nouv. Rép.*, v° *Récusation*, tout en reconnaissant le principe qu'un juge est récusable, comme débiteur d'une partie, y apportait une sage restriction, en défendant d'accepter le transport de droits sur les juges devant lesquels on plaidait, et cela, à peine de nullité du transfert, et même d'une amende de 1000 francs, si l'on s'en faisait un moyen de récusation.

Ni le Code civil, ni celui de procédure, ne répètent cette disposition, et nous pensons, en conséquence, que la nullité d'un semblable transfert ne pourrait être prononcée.

Cependant, selon Delaporte, t. 1, p. 350, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 455, il ne faudrait avoir aucun égard à la récusation qui n'aurait pour cause qu'une semblable cession. S'il en était autrement, disent ces derniers, on sent à combien d'abus les dispositions du § 4 de l'art. 378 pourraient donner lieu.

Et en effet, l'ordonnance de 1705 avait pour objet d'empêcher que le cours de la justice ne fût souvent interrompu par des récusations frauduleuses fondées sur des créances feintes ou véritables, que des plaideurs se feraient céder sur leurs juges, afin d'écarter ceux dont il leur plairait de suspecter l'intégrité.

C'est sans doute un abus qui peut se reproduire ; mais le Code civil a traité du transport des créances aux art. 1689 et suiv., et il ne répète point la disposition de l'ord. de 1705 ; d'un autre côté, l'art. 7 de la loi du 11 vent. an XII abroge les anciennes ordonnances, dans les matières qui sont l'objet de ce Code, et le Code de procédure, qui abroge en cette matière toutes les lois qui l'ont précédé (*voy.* l'article 1041), garde le même silence que le Code civil. On doit donc décider que l'ordonnance dont nous parlons ne doit plus être d'aucune considération, et que l'on peut aujourd'hui récuser un juge sur lequel une partie aurait accepté un transport de droits, puisque ce transport le rendrait débiteur de cette partie.

Nous croirions néanmoins que le juge ne serait pas valablement récusé, si ce transfert n'avait été fait ou accepté que depuis l'introduction de l'instance, parce qu'il serait présumable qu'il ne l'eût été qu'afin de ménager à la partie un moyen de récusation. Or, il est dans l'esprit de la loi, manifesté au § 6 de la dispo-

sition de l'art. 378, d'interdire toute récusation fondée sur une cause que la partie aurait fait naître. (*Voy.* la *Quest.* 1376.)

[Nous croyons que la question n'est proposable que dans le cas que suppose le dernier alinéa, celui où le transfert a eu lieu depuis l'introduction de l'instance; car, s'il a une date antérieure, nul doute que la créance qui en résultera ne soit une cause de récusation, puisqu'on se trouvera précisément alors dans l'espèce du § 4 de notre article. La présomption que la partie aurait accepté le transport dans le but de s'en faire un moyen de récusation, n'est admissible que lorsque ce transfert a eu lieu depuis qu'a été intentée la demande qui pend à juger : et même elle ne reçoit d'application que lorsque la partie se sert de la créance par elle acquise pour exercer des poursuites ou susciter un procès contre le juge débiteur, mais c'est alors le § 6 de l'art. 378 qui rejette le moyen de récusation ; c'est, au reste, le cas que prévoyait et le seul que pouvait prévoir la déclaration du 27 mai 1705. En effet, tant que la partie créancière n'exerce point de poursuites, tant que la partie débitrice n'est pas actionnée, tout le temps en un mot qu'elles ne sont pas l'occasion d'un procès, sa créance, sa dette, ne peuvent être pour elle un moyen de récusation, comme nous l'avons expliqué sur la *Question* 1373 ; ce n'est qu'à son adversaire que ces circonstances peuvent faire ombrage. Or, pour celui-ci, peu importe que la créance ou la dette soit antérieure ou postérieure au procès, elle n'en est pas moins pour lui, dans les deux cas, un motif légitime de suspicion. Ces observations, auxquelles adhère Thomine, n° 427, nous font penser que la *Quest.* 1374 n'aurait pas dû être posée. Un arrêt de la cour de Besançon du 30 déc. 1814 (Dalloz, t. 23, p. 331), les a confirmées en décidant qu'une partie ne peut récuser l'arbitre devenu son débiteur *depuis le compromis ;* quoique d'après l'article 1014, C. proc. civ., aucun fait, de quelque nature qu'il soit, ne puisse fournir une cause de récusation, s'il n'est pas survenu depuis le compromis. Mais la partie adverse de celle qui serait devenue créancière de l'arbitre pourrait, sans contredit, s'en faire, de son côté, un moyen de récusation.]

§ V.

1375. ***Que doit-on entendre par ces mots :* PROCÈS CRIMINEL, *employés dans le § 5 de l'art.* 378?**

On doit, contre le sentiment de Delaporte, t. 2, p. 347, considérer ces mots, *procès criminel,* comme des termes génériques qui comprennent tout procès, soit en police simple ou correctionnelle, soit en justice criminelle, et non pas seulement les derniers. Ces termes, *procès criminel,* ne sont employés que par opposition avec ceux-ci, *procès civil,* qui se trouvent dans le § 6, et n'admettent conséquemment aucune distinction. D'ailleurs, de simples discussions, dans un tribunal de police, suffisent pour exciter des haines entre les familles qui les ont soutenues; mais une simple plainte ou dénonciation, qui n'aurait pas eu de suite, ne pourrait fonder une récusation; car elle ne constitue pas ce qu'on appelle *un procès criminel.* (*Voy.* Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, p. 455 et 456, et Locré, *Esprit du C. de comm.*, t. 2, p. 49.)

[Quoique Thomine, n° 428, semble partager, mais avec réserve, l'opinion de Carré, néanmoins, nous aimons mieux suivre celle de Favard, t. 4, p. 762 et 763, n° 3, et de Dalloz, t. 23, p. 332, n° 6, d'après lesquels les mots *procès criminel* ne doivent s'entendre que de l'action intentée à raison d'un fait qualifié *crime* par la loi. La justesse de cette interprétation est démontrée par la discussion au conseil d'État, qui amena le rejet d'un amendement par lequel on voulait mettre sur la ligne des procès criminels, ceux qui auraient eu lieu devant les tribunaux correctionnels.

Il est vrai que ces derniers et même les actions en simple police peuvent exciter quelquefois des haines aussi violentes qu'un procès criminel, dans la vraie signification de ce mot. Mais, comme cela est rare et peu supposable, la loi n'a pas dû en faire une règle générale, une présomption *à priori.* Si ce cas se rencontrait, on lui appliquerait le § 9 de notre article, qui met au nombre des causes de récusation l'inimitié capitale entre le juge et la partie, quelle qu'en soit l'origine.

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 654, admet, comme devant produire les mêmes effets qu'un procès criminel, celui en police correctionnelle, mais non celui en police municipale, parce que son importance est ordinairement trop minime. Cette distinction est repoussée par l'observation que nous a fournie plus haut la discussion au conseil d'État. Au reste, peu importe lequel des deux, du juge ou de la partie, a été l'agresseur, et lequel des deux a réussi ou succombé dans l'action.]

§ VI.

1376. ***Peut-on récuser un juge, relativement à un procès intenté par lui, ses parents ou alliés en ligne directe, depuis celui sous le cours duquel cette récusation serait proposée?***

Suivant Delaporte, t. 1, p. 349, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 456, le procès civil intenté pendant l'instance, par le juge ou par ses parents ou alliés en ligne directe, ne serait pas une cause de récusation ; ce ne serait que dans le seul cas où il l'aurait été par la partie et avant l'instance,

qu'elle pourrait s'en faire un moyen pour récuser le juge qui aurait à connaître de cette instance.

Mais si l'on pèse bien les termes du § 6 de l'art. 378, on remarquera qu'ils ne sont point exclusifs de la récusation du juge, à raison d'un procès intenté par lui, ses parents ou ses alliés, depuis l'instance. En premier lieu, la récusation est, en général, admise, s'il y a procès civil non jugé, dans lequel les individus que nous venons de désigner figurent, soit comme défendeurs, soit comme demandeurs.

En second lieu, la loi admet une restriction pour le cas où la partie qui récuserait le juge, à raison du procès, ne l'aurait pas intenté avant l'instance : cette restriction est fondée sur ce qu'une partie pourrait susciter à un juge, sur les plus vains prétextes, un procès qui lui procurerait du moins un moyen de récusation ; mais elle ne s'applique évidemment qu'à la partie récusante qui, par la raison que nous venons de donner, doit avoir intenté le procès avant l'instance : elle n'empêche donc pas que le juge soit récusé, si lui-même, ses parents ou ses alliés avaient intenté un procès à cette même partie, postérieurement à l'instance soumise au tribunal auquel ce juge serait attaché.

Tel est aussi le sentiment de Pigeau, t. 1, p. 298, n° 427. Lorsque le procès est né avant l'instance, le juge est récusable, dit ce savant professeur, soit qu'il y agisse en qualité de demandeur, soit qu'il y figure en qualité de défendeur....; mais si le procès est né depuis l'instance, il faut que le juge soit demandeur pour qu'on puisse le récuser ; autrement, une partie intenterait un procès au juge qui lui déplairait, dans la seule intention de se procurer une cause de récusation.

[Cette solution incontestable est reproduite par Favard, t. 4, p. 762, n° 3 ; Dalloz, t. 23, p. 332, n° 7, et Thomine, n° 429.]

[1376 bis. *Le juge conseil judiciaire de l'une des parties peut-il être récusé par l'autre?* Quid *du juge donateur?*

Oui, sur la première partie de la question, par un motif analogue à celui qui fait admettre la récusation du juge tuteur, subrogé tuteur ou curateur. Toutes ces fonctions ont entre elles la plus grande ressemblance ; elles supposent toujours, dans celui qui les remplit, un degré d'affection proportionné à la mesure de protection dont la loi lui impose le devoir pour la personne dont il est chargé de surveiller les intérêts. Elles le rendent même partie dans la cause de cette personne. Telle est l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 655. Vainement opposerait-on que, la loi ne contenant pas expressément l'indication de cette cause, on pourrait, en s'appuyant de ce que nous avons dit sur la *Question* 1364, regarder cette omission comme une exclusion. Les considérations que nous venons d'exposer font apercevoir trop d'analogie entre les diverses positions d'un tuteur, d'un curateur, d'un conseil judiciaire, pour ne pas leur appliquer la même décision.

Mais d'après nous, on ne pourrait pas regarder comme récusable le juge donateur, ainsi que le fait Pigeau, *Proc. civ.*, et *Comm.*, t. 1, p. 655, quoique les rapports d'affection soient corrélatifs entre le donateur et le donataire, et que même la loi introduise une cause expresse de récusation contre le juge dont la partie est héritière présomptive aussi bien que contre celui qui est héritier présomptif de la partie. Les affections du cœur sont si diverses qu'il serait dangereux d'étendre, en matière légale, l'analogie de l'une à l'autre. Il n'en est pas de même de l'intérêt, qui est toujours un.]

[1376 ter. *Les juges sont-ils récusables comme habitants d'une commune partie au procès?*

Le § 7 de l'art. 378 admet la récusation contre le juge qui serait administrateur de quelque établissement, société ou direction, partie dans la cause. Les communes devant être comprises sous l'un des termes de cette énumération, ce n'est qu'autant que le juge y exercerait des fonctions municipales qu'il serait récusable ; la simple qualité d'habitant de la commune ne pourrait donc produire cet effet ; c'est ce qu'a jugé la cour de cass., les 4 juill. 1816 (Dalloz, t. 23, p. 334 ; Sirey, t. 16, p. 386) et 17 déc. 1828 (Sirey, t. 30, p. 114).

Cependant, il faut distinguer, ainsi que nous l'avons fait à l'égard des témoins, sur la *Question* 1101 *ter*, si l'objet de la contestation est de nature à intéresser personnellement chacun des habitants, si c'est un objet dont ils jouissent *ut singuli*, comme un droit de dépaissance, d'usage, etc. ; ou bien si c'est un objet qui n'intéresse que la communauté, comme la propriété d'un immeuble dont la commune percevrait les revenus. Dans le premier cas, chaque habitant a, au succès de la commune, un intérêt appréciable qui nous semble de nature à faire admettre la récusation comme le reproche ; dans le second cas, cet intérêt est toujours d'une trop minime importance, si même quelquefois il n'est pas nul et en opposition avec celui de la commune, pour devenir jamais une cause soit de reproche contre un témoin, soit de récusation contre un juge.]

§ VII.

1377. *Que doit-on entendre par le mot* MAÎTRE?

Les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 383, aux notes, disent que ce mot s'entend du proprié-

taire de la ferme que cultive une des parties, et du juge qui aurait une des parties à ses gages ou à son service. Ces auteurs citent Bouvot et Faber, sans doute d'après Jousse et Rodier, sur l'art. 10 du tit. XXIV de l'ordonnance.

Mais Berriat remarque, *h. v.*, note 16 1°, que Faber ne motive pas bien cette décision ; qu'il ne l'applique qu'à l'inquilin (locataire d'une maison) et au colon partiaire, et non pas au fermier à prix d'argent ; 2° que plusieurs auteurs rapportent quatre arrêts des parlements de Rennes et de Grenoble, dont un de l'avis des chambres, qui en donnent une contraire même pour l'inquilin.

On peut voir dans Rodier combien la solution de la question qui nous occupe était incertaine dans l'ancienne jurisprudence ; mais on pourra conclure de ce qu'il dit sur l'art. 10, *Quest.* 8, et sur l'art. 12, 1re *Quest.*, n° 8, que l'on admettait assez généralement que le juge locataire de l'une des parties et le juge propriétaire de la maison que l'une des parties habite, pouvaient demeurer juges.

Ainsi, l'on ne devrait considérer le juge comme maître, et le récuser en cette qualité, que dans la cause de ses serviteurs ou de ses commensaux, eu égard à l'affection qu'il pourrait avoir pour eux, et à la protection qu'il leur doit. Ce ne serait donc que dans le cas où le fermier ou locataire serait débiteur du juge pour fermages ou loyers arriérés, que celui-ci serait récusable dans la cause de l'un ou de l'autre.

Cette décision nous paraît particulièrement fondée sur un arrêt du parlement de Rennes du 8 fév. 1716, cité au *Nouv. Rép.*, v° *Récusation*, § 1er, et rapporté par Duparc-Poullain, au *J. des aud.* de ce parlement, t. 1, p. 408. On objectait l'art. 10 du tit. XXIV de l'ordonn., qui se sert du mot *maître;* mais, dit Duparc, les juges considérèrent que cet article ne parlait point des propriétaires ni des fermiers, mais seulement des maîtres et des domestiques ; qu'il y avait une différence entière entre les uns et les autres ; que les domestiques demeurent toujours avec les maîtres ; qu'ils sont de leur maison ; qu'ils forment même, en quelque façon, une partie de leur famille ; qu'il n'en est pas de même du fermier ; qu'ainsi l'on ne peut faire d'extension d'un cas à l'autre, les récusations étant d'ailleurs odieuses, et devant, par conséquent, être restreintes dans les termes de la loi.

C'est d'après cette explication que nous croyons devoir résoudre la question que nous avons posée. L'art. 378 dit que le juge peut être récusé, s'il est *maître* ou *commensal:* ici le mot *maître* nous paraît employé par opposition à *commensal,* et pour désigner le maître de maison qui aurait des serviteurs, des commis, un intendant, un précepteur, ou toutes autres personnes vivant avec lui (1) ; de même le mot *commensal* nous paraît employé réciproquement et aussi par opposition à celui de *maître,* à l'effet de désigner ces personnes.

[Dans une consultation donnée le 8 mars 1825, Carré a persisté dans son opinion.

Le mot *maître* employé par le législateur dans l'art. 378, C. civ., se trouve aussi dans les art. 1781, 2271, 2272, C. civ., et 386 3°, C. proc. Il est évident que le sens attaché à ce mot dans les art. 2271 et 2272 du C. civ., ne peut pas être le même que celui de l'art. 378, C. proc. Il y a en effet incompatibilité entre les professions que les deux articles du Code. civ., ont en vue, et celle de juge ; cependant, pour les tribunaux de commerce, il pourrait arriver que les juges eussent des apprentis, ce qui rentrerait dans la deuxième disposition de l'article 2272 ; restent donc les art. 1781, C. civ. et 386, C. proc. Ces articles nous indiquent parfaitement ce que signifie le mot *maître;* c'est le corrélatif de domestique ou ouvrier : inutile donc de rechercher, avec les auteurs, si ce mot ne s'appliquait pas au propriétaire, relativement à son locataire ou fermier. Jamais, dans nos Codes, le législateur ne s'est servi du mot *maître* pour désigner le propriétaire d'un objet loué : pourquoi l'aurait-il fait dans l'article 378, C. proc. Ainsi, à moins que le fermier ou le locataire ne fussent débiteurs du juge propriétaire, il n'y aurait pas cause de récusation dans le bail. Telle est aussi l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 655, de Favard, t. 4, p. 755, n° 4, de Dalloz, t. 23, p. 333, n° 8, et de Thomine, n° 429, et nous l'avons déjà indiquée sous la *Quest.* 1373.

Quant au *commensal*, on doit entendre par ce mot, non pas le juge qui mange à la même table que la partie, chez un tiers auquel chacun paye son écot, mais celui qui mange chez la partie elle-même, soit à ses frais, soit autrement, quoique Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 655, n'admette pas la récusation contre le juge qui est pensionnaire chez la partie. Mais Dalloz, t. 23, p. 333, n° 9, partage notre avis.]

§ VIII.

1378. ***En quel cas peut-on dire qu'un juge a donné conseil ou connu du différend ?***

Un juge peut être regardé comme le conseil d'une partie, non-seulement s'il lui a conseillé d'entreprendre ou de soutenir le procès, mais

(1) Remarquons avec Berriat, *h. v.*, § 1er, note 17, qu'un juge ne pouvant guère exercer aujourd'hui de semblables professions, il paraît que le Code a voulu simplement parler du juge qui vit *à la table du plaideur.*

encore s'il a dirigé ses démarches; s'il a conféré avec l'avocat ou l'avoué; s'il a agi pour lui procurer des actes ou des titres, etc.

Un juge serait récusable pour avoir connu du différend, s'il avait été déjà pris pour arbitre, ou si, comme amiable compositeur, il avait essayé d'accorder les parties. (*Voy.* Rodier, sur l'art. 6, *Quest.* 1re.) (1).

[Néanmoins les avis donnés par un juge, soit verbalement, soit par écrit, à l'une des parties, ne peuvent servir de base à une récusation, s'ils ont rapport à des instances terminées avant le dépôt au greffe de l'acte de récusation. (Orléans, 2 juin 1819; Dalloz, t. 23, p. 334.)]

1379. *Le juge qui, dans un tribunal de première instance, a concouru au jugement d'une affaire, peut-il, devenu membre d'un tribunal supérieur, être récusé dans l'instance d'appel?*

Merlin rapporte, *Quest.*, v° *Récusation*, § 2, deux arrêts de la cour de cass., des 14 vent. an X et 22 frim. an XI (Dalloz, t. 23, p. 336, et 335; Sirey, t. 3, p. 398), qui ont décidé que le juge dont il s'agit peut, *lorsqu'il n'est récusé par aucune des parties,* connaître encore de cette affaire en cause d'appel, sans que de là il résulte, contre l'arrêt auquel il prend part, une ouverture à cassation.

On doit conclure de cet arrêt que le juge peut être récusé en cette circonstance, puisque la cour de cassation n'a maintenu celui de la cour d'appel que par la considération que le juge *n'avait pas été récusé.* (*Voy.* art. 380; le *Prat.*, t. 2, p. 385; Rodier, sur l'art. 6, *Quest.* 1re.)

[La conclusion que Carré tire de ces deux arrêts est d'ailleurs une suite nécessaire de la disposition du § 8 de l'art. 378. Un troisième arrêt de la cour de cass., du 17 janv. 1832 (Sirey, t. 32, 1re, p. 687), a jugé, dans le même sens, qu'en matière civile, l'arrêt auquel ont concouru des magistrats qui avaient participé à une ordonnance de non-lieu, rendue dans la même affaire par la chambre des mises en accusation, n'est pas nul *si les parties n'ont pas déclaré qu'elles entendaient les récuser.* Mais le juge qui, sans avoir concouru au jugement, a taxé les frais de l'instance, n'a pas connu de l'affaire dans le sens de l'art. 378. (Cass., 18 juin 1828; Sirey, t. 28, p. 326.) Du reste, celui qui a été juge peut remplir, dans un tribunal supérieur, les fonctions du ministère public, et réciproquement, sans qu'il y ait lieu à récusation. C'est ce qu'a établi Merlin dans un plaidoyer du 18 therm. an XII (*Rép.*, v° *Loi*, § 5, n° 3).]

1380. *Un juge est-il récusable lorsqu'il n'a précédemment connu de l'affaire que pour se déclarer incompétent, soit à raison de l'état où l'affaire se trouvait alors, soit à raison de la qualité en laquelle on prétendait qu'il devait en connaître?*

On trouve au *Rép.*, v° *Récusation*, § 2, aux notes, un arrêt de la cour de cass. du 2 fév. 1809 (Dalloz, t. 23, p. 336; Sirey, t. 9, p. 224), qui a décidé négativement cette question, sans doute par le motif que le juge, qui ne s'est occupé du différend que pour déclarer son incompétence, n'est pas réputé avoir connu du fond qui constitue le *différend.*

[La cour de cass. a aussi jugé, le 4 mai 1831 (Sirey, t. 31, p. 303), que les juges qui ont rendu des jugements préparatoires ou interlocutoires ne sont pas récusables, pour ce fait, lors du jugement définitif, puisqu'au contraire, il serait à désirer que les mêmes juges fussent toujours appelés à juger définitivement le résultat de l'interlocutoire qu'ils avaient ordonné. En conséquence, les magistrats d'une cour qui, réunis en audience solennelle, ont entendu les plaidoiries, et ont renvoyé la cause à une audience ordinaire, peuvent faire partie de la chambre qui doit tenir cette audience.]

1381. *Le juge peut-il être récusé s'il a ouvert son avis extrajudiciairement?*

L'art. 6 de l'ordonnance décidait cette question pour l'affirmative: le juge était récusable, d'après les expressions dont il se servait, toutes les fois qu'en tout autre cas qu'en s'occupant *de la visite, de l'examen, ou du jugement* du procès avec les autres juges, il avait non-seulement annoncé son avis, mais fait connaître ce qu'il pensait. (*Voy.* Rodier sur cet article, *Quest.* 3.)

Il est étonnant, dit Berriat, que l'on n'ait pas reproduit cette disposition dans le Code. Nous pensons que le législateur l'a fait avec intention, puisqu'il avait l'ordonnance sous les yeux, et c'est, à notre avis, un motif pour décider négativement la question proposée (2).

[Il est certain d'ailleurs que le tribunat

(1) Mais les juges qui ont rendu un jugement attaqué par tierce opposition, ne sont pas réputés avoir manifesté leur opinion, dans le sens du § 8 de l'article 378; et conséquemment, ils ne peuvent être récusés pour cette cause, lorsque la tierce opposition leur est soumise. (Cass., 4 juillet 1816; Sirey, t. 16, p. 386.)

(2) Legraverend, dans son *Traité de la législation criminelle en France,* t. 3, p. 45, n° 235, édit. de la Soc. Typ., appliquant aux affaires criminelles les dispositions de l'art. 378, estime néanmoins que cette cause de récusation, admise par l'ord. de 1667, doit encore subsister. Il répugne, dit-il, à la raison et à la justice, qu'un homme qui a manifesté à l'avance son opinion sur une affaire puisse néanmoins rester juge dans cette affaire. Quoi qu'il en soit, nous persistons dans notre précédente opinion.

proposa d'insérer cette disposition (*voy.* Locré, t. 9, p. 242), et que son amendement ne fut pas adopté, ce qui confirme pleinement l'induction de Carré; c'est au reste l'avis de Favard, t. 4, p. 763, nº 5, et de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 655 et 656. Ce dernier auteur donne pour raison que celui qui n'a émis son opinion que par hasard et par forme de conversation, sans être consulté, ne doit pas attacher une grande importance ni un grand intérêt d'amour-propre à la soutenir: d'où il suit que, si cette opinion est erronée, les observations de ses collègues pourront aisément l'en faire changer. Au surplus, l'avis exprimé sur une question nue et tout à fait en dehors d'une espèce ne peut jamais, dans aucun cas, être un motif de récusation; autrement, les juges n'auraient point la faculté de s'entretenir des matières qui font l'objet de leurs études. Les décisions qu'ils auraient consignées dans des ouvrages de doctrine, ou les avis qu'ils auraient professés dans leurs chaires ne sont donc point un préjugé contre leur impartialité; encore moins la décision qu'ils auraient rendue sur la même question, contre la partie qui les récuserait dans un procès différent de celui qui pendrait à juger. (Brux., 10 janv. 1822; J. de B., t. 1 de 1822, p. 126.)

Mais si l'avis émis *hors la visite et jugement* n'est pas une cause de récusation, à plus forte raison ne l'est pas l'avis qu'a émis sur le fond l'un des juges en s'occupant, avec ses collègues, d'un interlocutoire ou d'un préparatoire. Aussi la cour de Besançon, le 27 fév. 1807 (Dalloz, t. 23, p. 336), a-t-elle jugé qu'en matière de divorce un juge, après avoir participé au jugement sur la provision, et fait connaître, à cette occasion, son opinion sur le fond du procès, pouvait néanmoins concourir au jugement définitif.

Il y a plus : sur une opposition, une tierce opposition, une requête civile, les mêmes juges connaissent de la même affaire.]

1382. *Le juge serait-il récusable pour avoir bu ou mangé avec la partie, soit chez lui, soit en maison tierce?*

Non, selon les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 386, aux notes; et en effet le texte du § 8 indique cette solution, puisqu'il porte que le juge sera récusable, *s'il a bu ou mangé avec l'une ou l'autre des parties dans leur maison;* ce qui exclut sa propre maison et celle d'un tiers.

Nous remarquerons qu'il était reçu dans l'ancienne jurisprudence que le juge n'était pas récusable pour avoir bu ou mangé en maison tierce (voy. *Nouv. Rép.*, vº *Récusation*, § 1er, p. 685), à moins, dit Rodier, sur l'article 12, *Quest.* 1re, nº 5, que le juge, se trouvant dans une hôtellerie, n'eût été défrayé par la partie; ce qui nous paraît conforme à l'esprit du législateur, manifesté par l'art. 378 lui-même, et par l'art. 283.

Mais plusieurs arrêts avaient décidé qu'un juge était récusable pour avoir bu ou mangé avec la partie, soit chez lui, soit chez elle. Il nous paraît que le législateur n'a pas entendu comprendre le premier cas parmi les causes de récusation. La loi s'en est rapportée à la délicatesse du juge: en ce cas, comme en plusieurs autres, elle n'a point voulu supposer qu'il pût manquer à ses devoirs.

[Cette solution, qui ne peut souffrir de difficulté, est adoptée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 656, et Thomine, nº 429. La cour de cass. a jugé, le 16 nov. 1825 (Sirey, t. 26, p. 211), que lorsque les arbitres ont bu et mangé avec les deux parties, cette circonstance ne donne pas lieu à la récusation. Il en est autrement quand les arbitres ont bu et mangé isolément avec l'une d'elles.]

1383. *Le juge est-il récusable, si sa femme ou ses enfants ont reçu des présents de la partie?*

Quoique la loi se serve de ces mots : *si le juge a reçu des présents de la partie*, nous n'en croyons pas moins qu'il est récusable si ces présents ont été faits à sa femme ou à ses enfants, ou à de proches parents qui habiteraient avec lui; car ce serait de sa part recevoir *indirectement* ces présents, ce que défendent les anciennes ordonnances, dont on ne pourrait sérieusement alléguer l'abrogation, en se fondant sur le silence de nos lois nouvelles. On sent d'ailleurs que l'on ne manquerait jamais d'user de cette manière indirecte, à l'effet de corrompre le juge, s'il pouvait n'être pas récusé. (Voy. *Nouv. Rép.*, vº *Récusation*, § 1er, p. 685, et vº *Don corrompable*, p. 31.)

Mais il faut remarquer qu'un don de peu de valeur, fait à des enfants surtout, ne devrait pas être pris en considération.

[Favard, t. 4, p. 763, nº 5, résout de même la question, et nous sommes complétement de son avis.]

§ IX.

1384. *Qu'entend-on par inimitié capitale?*

Rodier répond à cette question qu'il faut que l'inimitié soit décidée, connue, manifestée, occasionnée par l'homicide de quelqu'un de nos proches, par des querelles, par des affaires d'honneur ou d'un gros intérêt, dont le ressentiment porterait à saisir les occasions d'attenter à la vie, à l'honneur, ou aux avantages temporels de son ennemi.

Godefroi, sur la loi 3, ff., *de Testibus*, se sert de ces expressions : *Inimicus capitalis, gravissimus, non levis, putà, si quis palàm tibi maledixerit, infaustas voces adversùs te jactaverit, statùs controversiam moverit,*

vel omnium bonorum, vel majoris partis, etc.

Il faut remarquer : 1° que, si l'inimitié a été suivie de réconciliation elle cesse de donner lieu à la récusation, et d'ailleurs la loi ne dit plus, comme l'ordonnance : *s'il y a eu inimitié ;* elle dit : *s'il y a inimitié ;*

2° Que la récusation ne peut être admise, pour cette cause, qu'autant que la partie précise et articule les faits caractéristiques de l'inimitié ; elle serait infailliblement déboutée, si elle se bornait à des allégations vagues de haine ou d'outrage. (Cass., 9 nov. 1808 ; Sirey t. 1, p. 24 ; Paris, 30 août 1810 ; Dalloz, t. 23, p. 337. — *Voy.* aussi Rodier et Jousse, sur l'art. 8 du tit. XXIV de l'ordonnance.) (1).

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 656, et Favard, t. 4, p. 765, n° 5, font les mêmes réflexions, et nous y adhérons.]

1385. ***De ce qu'une partie peut récuser le juge qui l'aurait injuriée, attaquée ou menacée, ne s'ensuit-il pas qu'elle peut récuser celui contre lequel elle aurait elle-même proféré ou écrit des injures, etc. ?***

Non, car autrement il suffirait à une partie d'insulter un juge dont elle redouterait les lumières et la probité, pour avoir le droit de le récuser. C'est aussi ce qui a été décidé par arrêt de la cour de cass. du 23 août 1810 (Sirey, t. 11, p. 28. — *Voy.* Pigeau, t. 1, p. 298 n° 427, les *Questions* de Lepage, p. 253, et la 1376ᵉ *Quest.*)

[Ceci est également hors de doute. C'est par application du même principe que la cour de cassation a jugé, les 17 déc. 1824 et 27 août 1825, que des magistrats outragés devant lesquels est portée la plainte tendante à la répression de l'injure, ne peuvent en être dessaisis par voie de règlement de juges pour cause de suspicion légitime.]

Art. 379. Il n'y aura pas lieu à récusation, dans les cas où le juge serait parent du tuteur ou du curateur de l'une des deux parties, ou des membres ou administrateurs d'un établissement, société, direction ou union, partie dans la cause, à moins que lesdits tuteurs, administrateurs ou intéressés, n'aient un intérêt distinct ou personnel.

1386. ***Qu'entend-on par ces mots :* INTÉRÊT DISTINCT ET PERSONNEL ?**

Nous pensons que le législateur a voulu exprimer les cas où, par exemple, un tuteur ou curateur agirait, tant dans son intérêt, en ce qui le concerne, que comme tuteur ou curateur, en ce qui concerne le mineur ou l'interdit ; ou lorsque l'administrateur a une part, soit comme émolument ou à tout autre titre, à l'objet qui fait la matière de la contestation ; ou enfin lorsqu'il s'agit, dans la contestation, d'un fait qui donne lieu à la responsabilité civile prononcée par l'art. 1384, C. civ.

[A notre avis l'intérêt est *distinct*, lorsqu'il procède de causes différentes, comme, dans un ordre, celui de créancier hypothécaire et celui de chirographaire ; il serait *commun* s'il procédait des mêmes causes, comme si un tuteur et son pupille, cohéritiers, étaient actionnés pour une dette de la succession.

Mais tout ce qu'il faut pour que le juge parent du tuteur puisse être récusé, c'est que celui-ci ait un intérêt *personnel* dans la cause, c'est-à-dire qu'il y soit pour lui-même et non pas seulement pour représenter son pupille.

Nous croyons donc que c'est par un vice de rédaction que la loi exige un intérêt tout à la fois *personnel et distinct*.

Un intérêt commun avec celui de son pupille, mais également personnel au tuteur, ne le rendrait pas moins partie dans le procès qu'un intérêt tout à fait distinct, et certainement il suffit qu'il soit partie pour que ses parents et alliés puissent être récusés. L'article aurait donc dû se borner à ces mots : *un intérêt personnel*.

Voy. sur la signification de ces mots, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 658, dont l'interprétation se rapproche de la nôtre. (*Voir* aussi *suprà* la *Quest.* 1344 *bis*.)]

Art. 380. Tout juge qui saura cause de récusation en sa personne, sera tenu de la déclarer à la chambre, qui décidera s'il doit s'abstenir.

Ord. de 1667, tit. XXIV, art. 17 et 18. — Ord. de Blois du mois de mai 1579, art. 118. — [Devilleneuve, v° *Récusation*, n°ˢ 19 à 21. — Carré, *Compétence*, 2ᵉ part., liv. Iᵉʳ, tit. II, art. 90. — Locré, t. 9, p. 242 (2).] — (*Voy.* Formule 332.)

CCCXV. La récusation, quel qu'en soit le motif, a toujours quelque chose de scandaleux et de contraire à la dignité du magistrat. Le juge qui se trouve dans un des cas précédents doit donc, sans attendre une espèce d'injure qu'il peut facilement éviter, prévenir la récusa-

(1) Au surplus, la disposition de l'article relative à l'inimitié capitale est purement *discrétionnaire*, c'est-à-dire que le tribunal est libre d'apprécier les raisons sur lesquelles l'allégation d'inimitié serait fondée, et, en conséquence, d'admettre ou de rejeter la récusation, suivant qu'il les jugera vraisemblables ou non. (*V.* Locré, *Esprit du C. de proc.*, t. 2, p. 51.)

(2) JURISPRUDENCE.

[Un tribunal ne peut d'office se déclarer incompétent parce que les juges qui le composent auraient essayé de concilier les parties ; il doit chercher à se compléter en appelant les suppléants et les membres du barreau. (Bourges, 1ᵉʳ fév. 1821.)]

tion, non pas en s'abstenant de lui-même, car il ne peut de son propre gré se dispenser des devoirs de sa place ; mais en déclarant à ses collègues, lorsqu'ils sont réunis en la chambre du conseil, le motif pour lequel il se croit récusable. La chambre délibère sur cette déclaration, et décide si le juge doit s'abstenir.

Comme cette décision est pour les parties *res inter alios judicata,* elle ne peut ni leur servir ni leur nuire.

Si le juge n'a pas déclaré lui-même à la chambre la cause qui doit l'empêcher de prendre part au jugement d'une affaire, celle des parties qui ne veut pas l'avoir pour juge n'a qu'à proposer contre lui sa récusation.

[Et alors même que le juge aurait fait sa déclaration, et que la chambre aurait décidé qu'il peut juger, les parties n'auront pas moins le droit de proposer la récusation.]

Ce que nous disons du juge s'applique au ministère public, d'après la disposition de l'article suivant.

1387. ***Le juge ne peut-il nécessairement s'abstenir qu'en vertu de décision de la chambre du conseil?***

La disposition de l'art. 18 de l'ord. de 1667, reproduite en l'art. 380, ne s'observait point à la rigueur dans le ressort de plusieurs parlements, notamment en Bretagne, et nous voyons encore aujourd'hui que des juges se déportent, sans qu'il intervienne de décision de la chambre qui ordonne qu'ils s'abstiendront.

Rodier paraît approuver cet usage, pour les cas où les juges sont assez nombreux pour que le déport ne rende pas un renvoi nécessaire. Il est d'ailleurs sans inconvénient, dit Duparc-Poullain, t. 9, p. 205, tandis qu'il y en aurait quelquefois à ordonner que le juge déclarera les causes de son déport. Cependant, ajoute cet auteur, si l'une des parties, ou la partie publique, lorsque l'affaire intéresse son ministère, exige que le juge déclare son motif de déport, ses collègues ne pourraient pas se dispenser de l'ordonner; et s'ils en jugeaient les causes insuffisantes, le juge serait contraint de connaître de la contestation.

Au moyen de ces distinctions, nous croyons que l'usage dont il s'agit peut être conservé, puisqu'il a l'avantage de dispenser le juge de déclarer des causes de déport qu'il peut avoir des motifs de garder secrètes, et que, d'un autre côté, il lui épargne le désagrément d'avoir à connaître, contre son gré, d'une contestation au jugement de laquelle il lui répugnerait de concourir, si les causes de déport qu'il déclarerait n'étaient pas admises par la chambre. Il faut cependant convenir que cet usage n'est pas absolument dans l'esprit de la loi, et que la plupart des auteurs le rejettent.

[Notamment Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 658 et 659; et Favard, t. 4, p. 765, n° 1. Thomine, n° 430, n'y voit pas d'inconvénient, et dit que la déclaration du juge, pas plus que la décision de la chambre, ne laisse de trace sur le plumitif. Pigeau, au contraire, donne les formules de ces deux actes. L'espèce de dérogation introduite par cet usage ne nous paraît pas susceptible d'abus. Au reste, l'usage a été implicitement approuvé et l'observation de Thomine justifiée par un arrêt de la cour de cass. du 2 juin 1832 (Sirey, t. 32, p. 433), qui a décidé que «lorsqu'un magistrat s'abstient volontairement de connaître d'une cause, il n'est pas nécessaire de constater par un jugement les motifs de son abstention et leur admission par le tribunal dont il fait partie; il suffit d'en faire mention dans le jugement définitif de la cause, et de motiver ainsi la présence des magistrats qui ont été appelés pour compléter le tribunal ou la cour.» De ces derniers mots il suit que, lorsque la chambre est assez nombreuse pour que l'abstention d'un juge ne rende pas nécessaire l'entrée d'un autre magistrat, la mention dont on parle est complétement inutile.]

1388. ***Mais supposons que le juge fasse sa déclaration à la chambre, à l'effet d'être dispensé, et que cette déclaration ne soit pas fondée sur un motif qui établirait une cause de récusation, la chambre pourrait-elle ordonner qu'il s'abstiendra?***

Nous avons dit, sur la *Quest.* 1364, que les tribunaux ne pouvaient admettre d'autres causes de récusation que celles qui son mentionnées en l'art. 378. La conséquence de cette solution paraîtrait assez naturellement conduire à la négative de celle que nous venons de poser.

Nous croyons néanmoins que, si l'art. 380 oblige le juge à déclarer les causes de récusation qui existent en sa personne, ce n'est qu'afin d'empêcher que les parties n'opposent elles-mêmes ces causes, et qu'on ne doit pas en conclure que la chambre ne puisse accueillir un déport qui ne serait fondé que sur une délicatesse scrupuleuse de conscience, surtout lorsqu'il resterait un nombre de juges suffisant pour composer le tribunal.

[L'arrêt déjà cité sur la précédente question (cass., 2 juin 1832; Sirey, t. 32, p. 433), décide aussi qu'un juge peut s'abstenir pour d'autres causes que celles pour lesquelles les parties pourraient le récuser.

Pour justifier cet arrêt, il nous suffira de citer les expressions de M. le conseiller Tripier, qui a fait le rapport de la cause : « Existe-t-il, a dit ce magistrat, une telle identité entre la récusation et l'abstention que cette dernière mesure ne puisse être employée que dans le cas où la première serait autorisée par la loi?

Toutes les règles établies pour la première doivent-elles s'appliquer à la deuxième? De ce qu'il n'y aurait pas eu lieu à récusation doit-on conclure que l'abstention a été illégale et constitue une violation de la loi? Les magistrats sont *obligés* de s'abstenir dans tous les cas où ils pourraient être récusés. Mais n'ont-ils le droit de s'abstenir que dans ces cas? Ne sont-ils pas juges des faits et des circonstances qui motivent leur retraite, lorsqu'ils ont un scrupule légitime qui leur fait craindre de ne pas remplir leurs fonctions avec toute l'impartialité qu'elles exigent, lorsqu'ils redoutent l'effet des impressions qu'ils ont reçues à une époque antérieure au jugement d'une contestation portée devant eux? Sont-ils obligés de violenter leur conscience et de rester juges malgré leurs honorables scrupules? S'ils s'abstiennent, avec l'approbation de leurs collègues, doit-il être rédigé soit un arrêt, soit un procès-verbal pour constater les motifs de cette abstention? La légitimité de ces motifs peut-elle être soumise à l'appréciation et à la censure d'une autorité supérieure? ou suffit-il d'énoncer le fait dans le jugement ou l'arrêt définitif, afin de motiver la présence des magistrats appelés pour compléter le tribunal ou la cour qui prononce? »]

1389. *La décision de la chambre portant que le juge doit s'abstenir doit-elle être notifiée ou communiquée aux parties? Celles-ci peuvent-elles en interjeter appel ?*

La négative a été jugée par arrêt de la cour de Paris du 18 mars 1808 (Dalloz, t. 23, p. 338), par le motif que la loi n'ordonne point la communication ou signification de la décision dont il s'agit, et n'en autorise point l'appel (1).

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 659, dit qu'à la vérité, la communication n'est pas nécessaire, mais que le tribunal peut l'ordonner s'il la trouve utile dans l'intérêt des parties, et par suite il admet l'opposition des parties contre la décision, p. 660. Nous pensons, avec Favard, t. 4, p. 765, n° 1, que, s'agissant ici d'un acte de discipline intérieure, il ne doit jamais y avoir communication. La cour de cass. a jugé, le 15 oct. 1829: 1° qu'en matière criminelle comme en matière civile, lorsqu'un magistrat fait la déclaration d'une cause de récusation en sa personne, il n'est pas nécessaire d'interpeller la partie pour savoir si elle consent à être jugée par ce magistrat; et 2° que la décision qui prononce sur une abstention n'est pas un jugement, et par conséquent n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel; il n'est pas nécessaire qu'elle soit motivée, ni prononcée publiquement.]

1390. *Le juge peut-il, en tout état de cause, faire la déclaration prescrite par l'article* 380?

Le doute qui s'élève sur cette question prend sa source dans l'art. 382, qui fixe des délais après lesquels la récusation ne peut être opposée, à moins que les causes n'en soient survenues postérieurement.

On dit qu'il y a même motif de décider pour le cas où le juge se déporterait.

Enfin, l'on ajoute, entre autres raisons que nous nous dispenserons de rapporter, que la loi n'a point entendu permettre de recommencer une procédure en état, lorsqu'un juge viendrait à s'apercevoir, sous le cours d'un délibéré peut-être, qu'il est parent ou allié d'une des parties.

Quoi qu'il en soit, nous avons vu, au tribunal de première instance de Rennes, recevoir, sous le cours d'un délibéré, la déclaration de déport d'un juge, et la chambre ordonner qu'il s'abstiendrait : par suite de cette décision, les plaidoiries furent recommencées. Ce déport eut lieu, comme il peut arriver souvent, dans une cause où un grand nombre de créanciers se trouvaient parties, en sorte qu'à la simple lecture des qualités, le juge ne put remarquer que l'un d'eux était son allié, et ne s'en aperçut que sur le vu des pièces en la chambre du conseil. Nous croyons que cette décision a été bien rendue, parce que la loi impose au juge, en l'art. 380, une obligation de l'accomplissement de laquelle elle ne déclare le dispenser à aucune époque; mais nous pensons, en même temps, que la chambre ne serait pas rigoureusement tenue d'ordonner que le juge s'abstiendra; autrement il eût été assez inutile d'exiger qu'elle prononçât à ce sujet. Cette opinion nous paraît fondée sur ce que le Code ne donne point à la partie, ainsi que le faisait l'art. 21 de l'ordonnance, le droit d'opposer, en tout état de cause, une récusation pour parenté et alliance, lorsque le juge n'aurait pas fait de déclaration : la loi présume donc que la partie a pu connaître les motifs de récusation, et lui impute à faute de ne les avoir pas fait valoir.

[Nous partageons cette opinion, ainsi que Favard, t. 4, p. 765, n° 1.]

1391. *Un juge qui s'est déporté peut-il reprendre la connaissance de l'affaire, quand les causes de son déport ont cessé?*

Le déport d'un juge, dit d'Aguesseau (*Lettre* du 7 août 1731), ne peut être ni conditionnel, ni limité à un certain temps, quand il s'agit du

(1) Il est à remarquer que l'art. 17 du titre XXIV de l'ord. portait que la déclaration du juge serait communiquée aux parties, et que l'art. 380 ne répète pas cette disposition; ce qui sert à confirmer d'autant la décision ci-dessus mentionnée.

procès à l'égard duquel le déport a été fait. La confiance et la défiance ne se divisent point, par rapport à une seule et même affaire ; et on ne souffre pas, dans les véritables règles de l'ordre public, qu'un juge qui a une fois renoncé à en exercer les fonctions dans un procès où il avait été récusé, puisse les reprendre à l'égard du même procès, sous prétexte que la cause de la récusation, qui était juste quand elle a été proposée, a cessé postérieurement. On peut toujours appréhender que la récusation n'ait laissé au moins une plaie légère dans le cœur du juge, qui a senti par là qu'il était suspect à une partie ; et, quand même cette partie garderait le silence, il devrait se défendre à lui-même de vouloir être juge dans le procès de celui qui a eu une fois contre lui une suspicion légitime. L'illustre chancelier applique ces raisons au déport, et déclare que toutes sortes de raisons, non-seulement de bienséance, mais de règle, obligent le juge qui s'est une fois déporté de s'abstenir de toute connaissance ultérieure du procès.

[Cette décision nous paraît juste.]

1392. ***Le concours d'un juge récusable rend-il le jugement nul, s'il n'a pas déclaré les causes de récusation qu'il savait exister dans sa personne, où s'il n'a pas été récusé?***

Suivant Lepage, *Questions*, p. 253, le jugement ne serait pas nul ; et telle est notre opinion, fondée non-seulement sur ce qu'il n'y a point de disposition dans la loi qui prononce la nullité (ce ne serait peut-être pas une raison suffisante), mais sur ce qu'il est au pouvoir des parties de récuser ou de ne pas récuser, même pour les motifs déclarés causes valables de récusation. L'art. 378 dit : *tout juge peut être récusé :* d'où il suit que le silence est un consentement tacite des parties à ce qu'il reste juge.

Ainsi, l'on ne pourrait se faire grief, sous l'appel, de ce qu'un juge, qui ne pouvait ignorer les causes de récusation, ne se soit pas déporté. Le motif de la loi, en donnant aux parties la faculté de récuser, et en prescrivant au juge de se déporter, est que la justice soit rendue avec impartialité ; que l'intérêt, la passion et les considérations humaines ne puissent faire triompher la mauvaise cause, au préjudice du bon droit. Or, lorsqu'il y a la ressource de l'appel, et que la partie qui se plaint d'avoir été mal jugée en a usé, il ne s'agit plus d'examiner si elle a eu pour juges des juges récusables, mais si, au fond, elle a été réellement mal jugée. En effet, de ce que des juges sont récusables, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils aient mal jugé.

C'est pourquoi si, dans un cas semblable, il y avait appel comme de juge incompétent, il serait subordonné au jugement de l'appel au fond.

Au surplus, cette opinion nous paraît à l'abri de toute controverse, d'après l'arrêt rapporté sur la *Quest.* 1379 (1). (*Voy.* au reste, les *Questions* de Lepage, p. 255, et les œuvres de d'Aguesseau, t. 12, p. 107.)

[Cette doctrine, enseignée par Favard, t. 4, p. 762, et Berriat, *h. v.*, note 4, n° 2, est également consacrée par divers arrêts. La cour d'Orléans, le 31 mai 1811 (Dalloz, t. 23, p. 334), et celle de Rennes, le 8 juillet 1819 (Dalloz, t. 23, p. 343), ont décidé que lorsqu'une partie n'use point, vis-à-vis d'un juge, du bénéfice de récusation qui lui est accordé par la loi, son silence fait présumer qu'elle consent à conserver ce magistrat pour juge. Il en serait de même du magistrat qui remplit les fonctions du ministère public (Rennes, 26 sept. 1811) : d'où il suit, d'après la cour de Toulouse, 15 mai 1826, et la cour de cass., 18 fév. 1828 (Sirey, t. 28, p. 141), qu'un jugement ou un arrêt ne sont pas nuls parce qu'un juge récusable ne s'est pas abstenu, dans le silence de la partie. On ne peut donc présenter pour la première fois devant la cour de cassation, un moyen de récusation contre l'un des conseillers qui ont rendu l'arrêt attaqué (cass., 18 juin 1828 ; Sirey, t. 28, p. 326, 11 nov. 1829, Sirey, t. 30, p. 37, et 30 juillet 1833, Sirey, t. 33, p. 833), ni en appel contre l'un des juges de première instance dans le but de faire annuler le jugement. On a à s'imputer de ne l'avoir pas proposé devant le tribunal. C'est encore ce qu'ont décidé les cours de Besançon, 27 fév. 1807 (Dalloz, t. 23, p. 336), et de Bordeaux, 13 mars 1833. C'est la conséquence du principe consigné dans l'art. 382, que la récusation ne peut plus être proposée après le commencement des plaidoiries ; mais on sent qu'il doit subir une exception nécessaire, à l'égard de la récusation dirigée contre un suppléant ou contre un avocat qui n'ont été appelés que pour l'audience ; la partie, ne s'attendant pas à les avoir pour juges, n'a pu proposer d'avance sa récusation par acte au greffe, et, comme on le verra sous l'art. 384, il ne peut lui être permis de le faire à l'audience. Elle serait donc admissible, dans ce cas, à se prévaloir du moyen de récusation, quoique non articulé en première instance, pour attaquer le jugement sur l'appel,

(1) C'est par application de ces principes que la cour de Rennes, par arrêt du 26 déc. 1811, a décidé qu'un jugement n'était pas nul pour avoir été rendu en présence du procureur du roi parent de l'une des parties. Il s'agissait, il est vrai, d'une cause non communicable ; si elle l'eût été, le ministère public eût été dans l'obligation de se déporter (*voy.* art. 381) ; mais, d'après la solution de la question ci-dessus, le jugement n'eût pas été nul, par le seul motif que le procureur du roi eût porté la parole.

ou en cassation. La cour de Bourges l'a reconnu le 27 juillet 1821. Mais un accusé ne peut se faire un moyen de cassation de ce qu'un juge, contre lequel un de ses coaccusés avait un motif personnel de récusation, a participé à l'arrêt de condamnation. (Cass., 15 oct. 1829.) Au reste, il est un cas, et tout le monde en sentira la raison, où la participation d'un juge à la décision du procès la rend radicalement nulle, quoique la récusation n'ait pas été proposée contre lui; c'est lorsque ce juge était sciemment intéressé dans la cause. Nul ne peut être juge et partie; c'est là un principe de droit naturel et d'ordre public, contre lequel aucune fin de non-recevoir ne peut prévaloir. (Cass., 14 oct. 1824, Sirey, t. 25, p. 89, et Bourges, 18 mars 1828.)]

[1392 bis. *Comment doit être composée la chambre pour statuer sur les motifs d'abstention que lui propose un de ses membres?*

On pourrait dire, avec Favard, t. 4, p. 765, n° 1, que, si les juges qui font partie de cette chambre ne sont pas en nombre suffisant, abstraction faite de celui qui veut s'abstenir, ils doivent s'adjoindre un autre juge pour le remplacer, aucune décision, de quelque genre qu'elle soit, ne pouvant être rendue par eux que lorsqu'ils sont en nombre. Cependant la cour de cass. a jugé le contraire, par arrêt du 15 oct. 1829, d'après lequel ces mots *à la chambre* doivent s'entendre de la chambre telle qu'elle se trouve composée au moment où le juge fait sa déclaration. Cette jurisprudence semblera peut-être à quelques-uns peu acceptable; elle conduit, dira-t-on, à l'un de ces deux inconvénients, ou que le juge participera lui-même à la décision qu'il demande pour s'éclairer, ou que cette décision sera rendue par un nombre de juges insuffisant et même par un seul, si tous les autres, ce qui peut arriver, croient devoir faire la déclaration dont parle l'art. 380?

Mais, ce qui nous détermine à embrasser la décision de la cour suprême, c'est que, comme elle l'a fait observer dans les motifs de l'arrêt précité, la déclaration du juge qui s'abstient ne nous paraît donner lieu qu'à un simple avis, et non à un véritable jugement de la part de ses collègues. On a vu, sous la *Quest.* 1387, qu'il était inutile d'en laisser trace sur le plumitif; et, sous la *Quest.* 1388, que la chambre pourrait admettre toute espèce de motif d'abstention, quoique non prévu par la loi. Ces deux circonstances donnent à la mesure un caractère officieux qui l'empêche de ressembler à un jugement. Les formes essentielles à celui-ci ne sont donc pas nécessaires pour le cas qui nous occupe.

Il n'en serait pas de même, sans doute, s'il s'agissait de prononcer sur la récusation proposée par une partie; car il faut alors rendre un véritable jugement, d'où il suit que la chambre doit être en nombre. C'est donc à tort, selon nous, que Carré, *infrà*, *Quest.* 1400, a confondu les deux cas, celui d'abstention et celui de récusation, pour leur appliquer une décision commune, que nous ne pouvons adopter qu'en ce qu'elle a de relatif au jugement de la récusation.]

Art. 381. Les causes de récusation relatives aux juges sont applicables au ministère public, lorsqu'il est partie jointe; mais il n'est pas récusable lorsqu'il est partie principale.

Voy. le Comm. de l'art. 300, et la 1542e *Quest.* — [Devilleneuve, v° *Récusation*, n° 17. — Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. II, art. 89, n° 56, et art. 90, n° 57. — Locré, t. 9, p. 242.)]

1393. *La récusation dirigée contre le ministère public agissant d'office est-elle nulle de plein droit?*

Oui, puisqu'en ce cas il n'est pas récusable. Ainsi, la récusation ne peut suspendre la décision du tribunal sur la contestation qui lui est soumise. (Arg. d'un arrêt de la cour de cass. du 14 fév. 1811; Sirey, t. 11, p. 356.)

[Cet arrêt a décidé que l'adjoint du maire, remplissant les fonctions du ministère public devant un tribunal de police, ne peut être récusé. On sait qu'en matière criminelle le ministère public est toujours partie principale, à moins qu'il n'agisse pas d'office. Aussi, il n'y a point de récusation possible contre lui, ainsi que le fait remarquer Merlin, *Répert.*, v° *Récusation*, § 3, art. 2. Quant aux motifs de délicatesse qui peuvent engager un procureur du roi à s'abstenir et à se faire remplacer par son substitut, c'est un point de fait dont la loi ne s'occupe pas, et que personne n'a le droit de critiquer. Il ne doit donc pas, comme dans le cas de l'art. 380, déclarer ses causes d'abstention à la chambre, et la décision que celle-ci rendrait sur sa déclaration serait un excès de pouvoir. (Cass., 28 janv. 1830; Sirey, t. 30, p. 140.)]

Art. 382. Celui qui voudra récuser devra le faire *avant le commencement de la plaidoirie* (1); et si l'affaire est en rapport, avant que l'instruction soit achevée ou que les délais soient expirés, à moins que les causes de la récusation ne soient survenues postérieurement.

Ordonn. de 1667, tit. XXIV, art. 20. — C. pr., arti-

(1) C'est-à-dire avant que les conclusions aient été contradictoirement prises à l'audience (*V.* art. 343), [et notre *Quest.* 615 *bis*.]

cles 96, 97, 98, 343, 369. — [Devilleneuve, v° *Récusation*, nos 23 et 24. — Locré, t. 9, p. 243 (1).]

[**1393** bis. *En cas de jugement interlocutoire, quand les plaidoiries sont-elles réputées commencées, aux termes de l'article* 382?

Deux arrêts de la cour de Metz des 4 août 1818 et 7 sept. 1819 (Dalloz, t. 23, p. 341), ont décidé avec raison que la récusation est proposable tant que ne sont point commencées les plaidoiries à l'effet d'obtenir le jugement définitif: ainsi le juge qui a concouru à l'interlocutoire, sans être récusé, peut l'être postérieurement et jusqu'aux nouvelles plaidoiries que nécessitera l'évacuation de cet interlocutoire. C'est aussi l'opinion de Thomine, n° 432.]

[**1393** ter. *Résulte-t-il de l'art.* 382 *que la récusation d'un juge de première instance ne soit plus admissible en appel, et celle d'un magistrat de cour, en cassation?*

Oui, sans doute. (*Voy.* les arrêts que nous avons rapportés dans nos observations sur la *Quest.* 1392.)]

1394. *Peut-on, après les époques déterminées par l'art.* 382, *admettre une récusation, si les causes existantes n'avaient été connues que depuis ces mêmes époques.*

Au cas prévu par la loi, c'est-à-dire à la survenance des causes après les époques dont il s'agit, les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 391, estiment qu'on doit assimiler celui qui fait l'objet de notre question. Tel est aussi le sentiment de Berriat, v° *Récusation*, § 2, note 27.

Delaporte, t. 1, p. 359, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 460, rejettent indistinctement, dans ce cas, toute espèce de récusation.

Nous remarquerons que l'art. 382 n'exprime point, comme le faisait l'art. 21 du tit. XXIV de l'ordonnance de 1667, qu'une partie puisse récuser en tout état de cause, *en affirmant* que les motifs de récusation soient venus depuis peu à sa connaissance; il dit, au contraire, qu'il faut que les causes soient *survenues* postérieurement à la mise en état de l'affaire. Nous pensons, en conséquence, que l'exception doit être renfermée dans les termes de la loi, qui veut que l'existence des causes de récusation, et non pas la connaissance de ces causes, soit postérieure aux époques qu'elle indique.

[Cette opinion nous paraît bien rigoureuse, quoiqu'elle soit partagée par Favard, t. 4, p. 766. Sans doute le législateur a voulu faire cesser les abus qui pouvaient résulter de l'affirmation permise par l'ordonnance, et il ne suffirait pas aujourd'hui qu'une partie affirmât que la cause de récusation lui était inconnue; mais s'il était constant pour les magistrats qu'il y a eu impossibilité physique pour la partie de connaître les causes de récusation, par exemple, comme disent les auteurs du *Praticien français*, s'il s'agissait d'une donation faite au juge et qui n'aurait été transcrite que depuis, ne faudrait-il pas dire que le même motif existe pour appliquer l'art. 382, et que la cause de récusation ne serait réellement survenue que depuis la circonstance qui l'aurait fait connaître à la partie?

Cette opinion tempérée est aussi celle de Berriat, *h. t.*, § 2, note 27, de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 662, de Dalloz, t. 23, p. 339, n° 2, et de Thomine, n° 432.]

1395. *Lorsqu'une récusation a été formée tardivement, peut-elle être considérée comme non avenue, sans qu'il soit besoin d'un jugement qui la déclare non recevable?*

Un arrêt de la cour de cass. du 4 pluv. an XII (Dalloz, t. 5, p. 287; Sirey, t. 4, p. 100), a prononcé d'une manière affirmative sur cette question. On sent qu'elle serait résolue de la même manière aujourd'hui, puisque l'art. 382 fixe un délai dans lequel la récusation doit être faite, de même que la loi du 23 vendémiaire an IV, sous l'empire de laquelle cet arrêt a été rendu, en fixait un pour les récusations péremptoires qu'elle autorisait.

[Il est cependant hors de doute que notre législation et notre jurisprudence n'admettent pas généralement les nullités et les déchéances de plein droit. C'est ce qui fait que nous n'adoptons qu'avec hésitation l'opinion de Carré.]

---

(1) JURISPRUDENCE.

[1° Une demande en récusation ne peut être présentée dans une instance, après les plaidoiries. (Paris, 12 janv. 1830.—*V.* notre *Quest* 613 *bis*, t. 2, p. 4 et suiv., sur l'époque à laquelle les plaidoiries sont censées commencées.

2° Lorsqu'une récusation est formée depuis l'exploit d'instance, et après les requêtes signifiées, mais avant les plaidoiries, elle est formée utilement, et on ne peut la frapper de déchéance comme ayant été tardivement intentée. Si la récusation est rejetée, et qu'il y ait appel de cette décision, il n'est pas permis de passer outre au jugement définitif à moins d'urgence constatée et jugée; la simple allégation d'urgence ne suffit point. (Orléans, 2 juin 1819; Dalloz, t. 23, p. 334.)

3° Lorsqu'une récusation proposée par les parties contre plusieurs juges est rejetée, par fin de non-recevoir, parce qu'elle a été proposée trop tard, les juges qui en ont été l'objet peuvent soumettre à la chambre dont ils font partie les motifs d'abstention qu'ils reconnaissent en eux, et la chambre sanctionner leur abstention. (Cass., 3 déc. 1828.)]

Art. 383. **La récusation contre les juges commis aux descentes, enquêtes et autres opérations, ne pourra être proposée que dans les trois jours, qui courront : 1° si le jugement est contradictoire, du jour du jugement; 2° si le jugement est par défaut et qu'il n'y ait pas d'opposition, du jour de l'expiration de la huitaine de l'opposition; 3° si le jugement a été rendu par défaut, et qu'il y ait eu opposition, du jour du débouté d'opposition, même par défaut.**

Ordonn., tit. XXIV, art. 22. — C. pr., art. 1033.

[**1395 bis.** *La récusation peut-elle avoir lieu contre le juge commis, alors même qu'il serait un de ceux qui ont pris part au jugement?*

Le motif de douter vient de ce que l'art. 382 prohibe les récusations contre les juges de la cause, après le commencement des plaidoiries. Or, le commissaire n'étant nommé que par jugement, il est évident qu'on ne le connaît pas avant les plaidoiries; d'où l'on pourrait croire que l'art. 383 ne s'applique qu'au commissaire choisi en dehors du tribunal ou de la chambre qui a prononcé, parce que jusque-là il n'avait pas été juge de la cause.

Mais Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 663, fait observer avec beaucoup de justesse, que le fait de la commission peut faire sentir davantage la nécessité d'une récusation que jusque-là on avait crue inutile, parce qu'il donne au juge qui en est chargé une bien plus grande influence sur l'esprit de ses collègues; il s'ensuit que le droit de récusation qu'on n'était plus à temps d'exercer contre le magistrat, s'il était resté simple juge, doit revivre, en quelque sorte, du moment qu'il devient commissaire. Il importe donc peu, pour que ce droit soit ouvert, que le commissaire ait été choisi ou non parmi ceux qui ont assisté aux plaidoiries et rendu le jugement.

Enfin nous devons adopter cette opinion par cet autre motif qu'à la *Quest.* 1393 *bis* nous décidons que la récusation peut être présentée après un jugement préparatoire ou interlocutoire.]

1396. *Faut-il distinguer, pour l'application de l'art. 383, entre les jugements par défaut rendus faute de constitution d'avoué, et les jugements rendus faute de plaider ?*

Non, puisque la loi ne fait aucune distinction. Aussi, bien que l'opposition contre un jugement rendu faute de constitution d'avoué soit recevable jusqu'à son exécution, ce ne sera qu'*à partir* de l'expiration de la huitaine que courront les trois jours donnés pour récuser le juge-commissaire. (*Voy.* Demiau, p. 282.)

[Nous partageons cette opinion, avec Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 663, et Favard, t. 4, p. 766, n° 3.]

1397. *Doit-on appliquer au cas de l'art.* 383 *l'exception portée en l'article précédent, relativement à la survenance des causes après les délais fixés par cet art.* 383?

Oui, d'après Delaporte, t. 1, p. 361. Mais telle n'est pas notre opinion : d'un côté, l'article 22 de l'ordonn. disposait formellement le contraire; de l'autre, il nous semble que le silence de l'art. 383 a été observé à dessein, à raison de la nécessité de terminer promptement les opérations; nécessité qui a fait abréger, pour le juge qui en est chargé, les délais des récusations ordinaires.

[Favard, t. 4, p. 766, n° 3, embrasse l'avis de Carré. Des deux motifs, sur lesquels se fondent ces auteurs, le premier nous porterait à adopter l'opinion contraire à la leur, à cause de la non-reproduction dans l'art. 383 de la disposition de l'ordonnance. Le second motif consisterait à dire que pour aller vite il ne faudrait pas craindre de commettre une injustice criante. Car ne serait-ce pas une injustice que de soumettre une partie à garder pour juge, et surtout pour juge-commissaire procédant à une enquête, celui qui aurait bu et mangé avec la partie depuis sa nomination, qui aurait accepté de la partie une donation? aussi l'ordonnance permettait-elle la récusation postérieure aux opérations (art. 22, ci-dessus cité). Les mêmes motifs qui ont fait admettre l'exception dans l'art. 382 n'existent-ils pas pour l'art. 383, et n'est-ce pas un principe posé qui doit dominer toutes les dispositions qui suivent? Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 566, les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 218, et Thomine, n° 433, sont d'une opinion contraire à celle de Carré et de Favard de Langlade. Cependant les auteurs du *Praticien* exceptent avec raison le cas où un juge, dans une descente sur lieu, dans une campagne écartée et mal approvisionnée, a mangé chez l'une des parties avec l'avoué de la partie adverse.]

[**1397 bis.** *Faut-il ajouter au délai de l'article* 383 *un jour par trois myriamètres de distance?*

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 663, fait sur cette question une distinction qui n'est pas dans l'article; il décide que l'augmentation de délai ne doit pas être accordée dans le cas où le juge-commissaire est pris parmi les juges qui ont rendu le jugement, parce que, dit-il, l'avoué a pu instruire la partie du nom des juges, et qu'elle aurait pu prévoir que le juge-commissaire serait pris parmi eux. Dans le cas où le juge-commissaire n'a point concouru au jugement, Pigeau accorde l'augmentation du délai. Il nous semble que cette augmentation doit être accordée dans les deux cas. Pigeau convient,

en effet, qu'il n'y a également que trois jours lorsqu'il n'y a pas eu constitution d'avoué; il devrait donc encore admettre une distinction pour ce cas, le motif étant le même que pour celui où l'avoué n'a pas pu avertir; mais toutes ces distinctions prouvent que Pigeau sentait l'injustice qu'il y aurait à faire courir un délai contre une partie qui n'aurait pas pu connaître la nomination du juge : or, dans tous les cas, il en serait ainsi lorsque la partie demeurerait à plus de trois myriamètres de distance.]

1898. ***Quel est le tribunal qui doit prononcer sur la récusation d'un juge-commissaire, lorsque ce juge n'a pas été pris parmi les membres du tribunal saisi de la contestation?***

Rodier répond, sur l'art. 10 du tit. XXII de l'ordonn., que la récusation d'un commissaire délégué doit être jugée par les juges délégants, et celle d'un juge par les officiers du siége. Nous pensons, au contraire, qu'il résulte de l'esprit et de l'ensemble des dispositions du Code, qu'elle doit être jugée par le tribunal auquel appartient le juge délégué, et, si c'est un juge de paix, par le tribunal qui connaîtrait de la récusation en tout autre cas, conformément à l'art. 47.

Nous disons, en premier lieu, que cette opinion est fondée sur l'esprit du Code; car il tend à hâter la confection de l'opération du juge-commissaire. (*Voy.* la question précédente.) Or, ce serait la retarder que de déférer le jugement de la récusation à un tribunal éloigné. Nous disons ensuite que cette même opinion résulte de la combinaison de plusieurs articles; et en effet, l'art. 384 veut que la récusation soit faite au greffe; l'art. 386 veut que le juge récusé fasse sa déclaration au greffe, *à la suite de la minute de l'acte de récusation.* On sent que ces articles ne pourraient être exécutés sans que l'on suppléât une procédure sur laquelle la loi garde le silence. Mais ce qui achève de nous confirmer dans notre opinion, c'est qu'une cour royale peut commettre un juge inférieur; et, si la récusation de ce juge devait être jugée par elle, on demandera où se porterait l'appel que l'art. 376 autorise. Certes, il n'est pas dans l'intention du législateur de rendre nécessaire en ce cas un règlement de juges (1).

[Thomine, n° 435, tranche la difficulté en disant qu'il est de principe constant qu'un tribunal a le droit de révoquer la commission qu'il aurait donnée, soit à un autre tribunal, soit à un juge étranger, s'il reconnaît qu'il a commis une erreur, ou que l'opération pourrait être justement suspecte aux parties. Il pense donc que, dans ce cas, la voie de la récusation serait inutile et qu'il suffirait de s'adresser au tribunal qui a rendu le jugement pour faire révoquer la disposition préparatoire qui commet un juge étranger. La procédure de récusation ne peut avoir lieu, suivant lui, qu'à l'égard d'un commissaire qui appartient au siége où la contestation est pendante.

Nous ne voyons pas sur quoi se fonde le principe que Thomine donne comm econstant, et surtout la différence qu'il établit entre le commissaire du siége et le commissaire étranger, dont le second peut être révoqué, d'après lui, sans formalité, et le premier ne peut l'être qu'à la suite d'une récusation en forme.

Nous aimons mieux dire, avec Favard, t. 4, p. 767, n° 4, que la récusation doit toujours être jugée par le tribunal auquel appartient le magistrat récusé (*voir* la *Quest.* 1398 *bis*), ou par le tribunal dont il dépend, si c'est un juge de paix qu'on a commis; mais que son remplacement, lorsque la récusation est admise, doit être fait, soit par le tribunal saisi de la contestation, s'il a originairement désigné lui-même le commissaire, soit par le tribunal auquel il a adressé commission rogatoire pour cette désignation. Ces tribunaux pourraient même procéder au remplacement avant le jugement de la récusation, s'il y avait urgence, de la même manière qu'ils le feraient en cas que le juge d'abord commis éprouvât un empêchement de toute autre nature, maladie, mort, etc., etc... (*Voy.* art. 387, *Quest.* 1403.)]

ART. 384. La récusation sera proposée par un acte au greffe, qui en contiendra les moyens, et sera signé de la partie, ou du fondé de sa procuration authentique et spéciale, laquelle sera annexée à l'acte.

Tarif, 92. — [Tar. rais., n°s 287 et 288.] — Ord., tit. XXIV, art. 25. — C. de pr., art. 370. — (*Voy.* FORMULE 333.)

CCCXVI. La récusation ne peut être faite verbalement en présence du juge; d'anciens arrêts ont prononcé la peine de l'amende contre une attaque si peu décente.

Il faut donc, pour concilier et l'intérêt des parties et le respect dû à la magistrature, que le récusant se retire au greffe, soit personnellement, soit par un fondé de pouvoir spécial et authentique; là, sans éclat comme sans injures inutiles, et sans expressions gra-

(1) Au surplus, pour couper court au plus grand nombre de difficultés qui peuvent naître sur cette question, que le Code n'a pas prévue, c'est aux tribunaux à avoir soin d'autoriser, autant que possible, ainsi qu'ils en ont le droit, d'après l'art. 1035, un tribunal à commettre un de ses juges, parce qu'alors il ne sera pas douteux que ce sera ce tribunal qui devra connaître de la récusation.

tuitement offensantes, il fait sa déclaration par un acte qu'il signe conjointement avec l'avoué qui l'assiste, et le greffier. Cette déclaration doit contenir les moyens, c'est-à-dire les causes de la récusation et les preuves à l'appui. Quand c'est un fondé de pouvoir qui comparaît pour le récusant, il doit annexer à l'acte la procuration dont il est porteur.

[Les mêmes règles sont applicables à la récusation d'un juge du tribunal de commerce (Colmar, 7 janv. 1828), et à celle d'un membre d'un tribunal correctionnel (Caen, 27 mars 1838) ; et l'acte au greffe ne peut être suppléé par l'énonciation du grief dans une requête sans dépôt. (Cass., 17 déc. 1828; Sirey, t. 30, p. 114.)]

Art. 385. Sur l'expédition de l'acte de récusation, remise dans les vingt-quatre heures par le greffier au président du tribunal (1), il sera, sur le rapport du président, et les conclusions du ministère public, rendu jugement qui, si la récusation est inadmissible, la rejettera, et, si elle est admissible, ordonnera, 1° la communication au juge récusé, pour s'expliquer en termes précis sur les faits, dans le délai qui sera fixé par le jugement; 2° la communication au ministère public, et indiquera le jour où le rapport sera fait par l'un des juges nommé par ledit jugement.

[Tar. rais., n°s 289 et 290.] — Ordonn., tit. XXIV, art. 24. — C. pr., art. 371. — [Devilleneuve, v° *Récusation*, n° 27. — Carré, *Compét.*, 2e part., liv. 1er, tit. II, art. 90, *Q.* 124, § 7.] — (*Voy.* FORMULES 334 et 335.)

CCCXVII. Sur le vu de cette expédition, qu'il communique au ministère public, le président, ou celui qui le remplace, fait son rapport à la prochaine audience; le ministère public est entendu dans ses conclusions, et le tribunal se borne à rechercher si la cause sur laquelle est fondée la récusation est admissible, sans examiner encore si elle est bien justifiée.

Le tribunal reconnaît-il que la récusation n'est point admissible; dès l'instant qu'il l'a rejetée, on passe outre, soit à l'instruction, soit au jugement de la cause principale. Juge-t-il, au contraire, qu'elle est admissible, il ordonne 1° qu'elle sera communiquée au juge récusé, pour que ce dernier ait à s'expliquer en termes précis sur les faits, dans un délai qui lui est prescrit par le jugement; 2° que la réponse de ce juge et les autres pièces relatives à la récusation seront ensuite communiquées au ministère public; ce jugement commet, en outre, un juge rapporteur, et fixe le jour d'audience auquel sera fait le rapport.

[1398 bis. *Quel est le tribunal qui doit statuer sur la récusation?*

Il résulte des divers articles du Code de proc., au titre *de la Récusation*, et notamment des art. 380 et 385, que c'est au tribunal dont fait partie le juge récusé, et qui est saisi de la cause à l'occasion de laquelle la récusation est formée, à statuer sur cette récusation. Ainsi s'est exprimée la cour de cassation, le 24 oct. 1817 (Dalloz, t. 23, p. 330; Sirey, t. 18, p. 160); et elle a induit de ce principe que le tribunal correctionnel doit statuer sur la récusation d'un de ses membres, comme le tribunal civil sur la récusation de l'un des siens. La cour de Lyon a aussi jugé, le 16 déc. 1831, que la demande en récusation contre le ministère public doit être portée devant la chambre saisie de l'affaire qui y donne lieu, et que par suite doit être annulé pour incompétence le jugement d'un tribunal qui ne déclare pas qu'il statue correctionnellement sur la demande en récusation formée dans une instance correctionnelle dont il est saisi.

Sur le tribunal compétent pour juger la récusation d'un juge de paix, *voy.* le tit. IX du liv. 1er; pour celle des experts-arbitres ou des arbitres, *voy.* les art. 430 et 1014; pour celle d'un tribunal entier, la *Quest.* 1337 au tit. *des Renvois* (*voy.* aussi nos *Quest.* 1365 et 1398).]

[1398 ter. *L'instruction doit-elle être publique ou secrète?*

La section de législation du tribunat demandait que, par considération pour la magistrature, l'instruction et le jugement sur récusation eussent lieu dans la chambre du conseil et non en audience publique. Cette proposition ne fut pas adoptée; la cour de Besançon a donc mal jugé, le 11 fév. 1809 (Dalloz, t. 23, p. 339), en décidant que la demande en récusation s'instruit et se juge en première instance, sans que la partie qui l'a formée soit appelée au rapport, sans que ce rapport soit public et sans que le jour auquel il aura lieu soit notifié. La cour d'Orléans a décidé, au contraire, le 10 janv. 1808, que le jugement qui admet les faits de récusation et celui qui statue sur leur mérite doivent être rendus en audience publique et sur les conclusions du ministère public, à peine de nullité. Ce principe, enseigné par Merlin, *Quest.*, v° *Tribunal d'appel*, § 5, n° 4, et Favard, t. 4, p. 766, n° 4, a été enfin consacré par une décision formelle de la cour de cass. du 19 déc. 1831 (Sirey, t. 32, p. 216), à laquelle s'est conformée depuis la cour de Paris, dans un arrêt du 7 juin 1834. (*Voy.* notre *Question* 202.)]

1399. *Le juge récusé peut-il concourir*

(1) Si c'est le président qui lui-même est récusé, la remise s'en fait au juge qui le remplace.

au jugement dont il s'agit en l'article 385?

Non, sans doute. (*Voy.* les *Quest.* 1344 et 1358, et Rodier, sur l'art. 24 de l'ord.)

Il a même été décidé, par arrêt du parlement de Grenoble, cité par Berriat, *h. t.*, § 2, n° 31, que les juges parents du récusé ne doivent point prendre part à un semblable jugement, quand il s'agit de son intérêt ou de son honneur.

Nous ne pensons pas que ces juges soient tenus de s'abstenir, ni qu'ils puissent être récusés, parce qu'ainsi qu'il sera dit sur la *Question* 1402, le juge récusé n'est point, à vrai dire, partie dans l'incident de récusation, et que la volonté de la loi est qu'un juge ne s'abstienne que dans le cas où il y a cause de récusation.

[Cette solution évidente, reproduite par Thomine, n° 434, est consacrée par un arrêt de la cour de cass. du 28 therm. an IX (Sirey, t. 2, p. 60). Le 30 nov. 1809 (Dalloz, t. 33, p. 343; Sirey, t. 10, p. 309), la même cour a jugé qu'un juge de paix ne peut statuer sur la récusation dirigée contre lui-même. (*V.* néanmoins, sur la dernière observation de Carré, la *Quest.* 1388, *suprà*.)]

1400. *Mais le tribunal peut-il, au nombre de juges auquel il est réduit par l'éloignement du juge récusé ou qui s'abstient, prononcer sur l'abstention ou la récusation ?*

Dans ces deux cas, le tribunal doit être composé du nombre de juges nécessaire pour rendre un jugement sur le fond : il faut en conséquence compléter le tribunal comme dans les cas ordinaires.

[Nous avons, sur la *Quest.* 1392 *bis*, émis une opinion contraire à celle de Carré, en ce qui concerne l'avis à donner par la chambre sur l'abstention d'un juge. Les formalités d'un jugement ne nous semblent pas, pour cela, nécessaires. Mais elles le sont pour la décision à rendre sur la récusation proposée par une partie; car alors il y a une véritable contestation, qui ne peut être vidée que par un jugement. Or, un jugement ne peut être rendu que par un tribunal complet.]

Art. 386. Le juge récusé fera sa déclaration au greffe, à la suite de la minute de l'acte de récusation.

(*Voy.* Formule 336.)

CCCXVIII. En exécution du jugement qui admet la récusation, le juge récusé se transporte au greffe, et donne l'explication demandée par une déclaration qu'il écrit à la suite de la minute même de l'acte de récusation.

Cette déclaration faite, le ministère public et le rapporteur prennent chacun communication des pièces, et se mettent en état, l'un de faire son rapport, l'autre de donner ses conclusions au jour fixé pour l'audience.

1401. *Quel est l'objet de la déclaration ordonnée par l'art.* 386?

L'objet de cette déclaration est que le juge s'explique sur les causes de récusation, soit en les avouant, soit en les contestant, soit enfin en donnant à ce sujet tous les renseignements qui pourront mettre le tribunal à portée de statuer avec connaissance de cause.

[Observation juste.]

1402. *La déclaration faite par le juge, et dans laquelle il contesterait les causes de récusation, l'établit-elle partie dans l'incident ?*

Non, et c'est ce qui a été formellement décidé par arrêt de la cour de cass. du 13 nov. 1809 (Sirey, t. 10, p. 80). On lit dans cet arrêt qu'il résulte de la combinaison des différents articles relatifs à la récusation, que le juge récusé n'est pas réputé partie dans l'incident.

Par suite de ce principe, et, en outre, par le motif que le Code de procédure a réglé et déterminé (*voy.* art. 505) les cas où un juge peut être pris à partie, sans y comprendre la résistance même du juge à la demande en récusation formée contre lui, le même arrêt a décidé que le juge qui ne se déporte pas, et qui conteste au contraire les causes de récusation, ne peut être condamné aux dépens de l'incident, lorsque la récusation est admise.

[Cette solution est approuvée par Merlin, *Rép.*, v° *Récusation*, § 2, art. 3, Favard, t. 4, p. 767, n° 4, Berriat, *h. v.*, note 38, et Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 670. Nous l'adoptons en notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 375, n° 24. (*Voy.* aussi notre *Quest.* 1409.)]

Art. 387. A compter du jour du jugement qui ordonnera la communication, tous jugements et opérations seront suspendus. Si cependant l'une des parties prétend que l'opération est urgente et qu'il y a péril dans le retard, l'incident sera porté à l'audience sur un simple acte, et le tribunal pourra ordonner qu'il sera procédé par un autre juge.

[Tar. rais., n° 291.]—Ord. de 1667, tit. XXI, art. 7, et 2e part., tit. XXIV, art. 22. — C. proc., art. 391.— (*Voy.* Formule 337.)

CCCXIX. A compter du jour où la récusation est admise et la communication ordonnée, tout jugement et toute opération sur l'instance principale demeurent suspendus; car, le juge récusé devant s'abstenir provisoirement, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la récusation par

jugement définitif, le tribunal se trouve momentanément incomplet (1).

[Au surplus, cette suspension ne s'applique pas aux actes de la procédure qui sont étrangers au ministère du juge. Les avoués peuvent donc continuer l'instruction. C'est l'avis de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 667, et de Thomine, n° 434, et nous le partageons.]

1403. ***Si un juge commis est pris hors du sein du tribunal et est récusé, et qu'il y ait urgence dans l'opération, à quel tribunal faut-il s'adresser pour faire commettre un autre juge?***

Nous pensons que le tribunal auquel appartient le juge-commissaire peut le remplacer, lorsque le tribunal saisi de la contestation l'a chargé de commettre; mais, dans le cas où ce dernier tribunal a commis, d'une manière directe, tel juge désigné par lui, par exemple, lorsqu'il aurait spécialement indiqué le président ou le plus ancien juge de tel autre tribunal, ainsi qu'il en a le droit, d'après l'art. 1035 du Code (voy. *Quest.* 1398), alors il n'y a que le tribunal déléguant qui puisse remplacer le commissaire délégué.

[Nous avons déjà exprimé cette opinion sur la *Quest.* 1398.]

1404. ***Peut-on, s'il est urgent de faire prononcer un jugement interlocutoire ou provisoire, demander au tribunal qu'il fasse remplacer le juge récusé afin qu'il puisse rendre ce jugement?***

A s'attacher aux termes de la loi, on est porté à croire qu'elle n'a point entendu donner cette faculté aux parties: Tous JUGEMENTS et opérations, dit l'art. 387, *seront suspendus;* et il n'admet ensuite qu'une exception concernant les opérations.

Quoi qu'il en soit, Pigeau, t. 1, p. 302, n° 431, et Hautefeuille, p. 205, décident affirmativement la question proposée, et pensent que l'on peut se pourvoir à l'audience, pour obtenir un jugement interlocutoire ou provisoire, que le tribunal pourrait rendre en faisant remplacer le juge récusé.

Telle n'est pas notre opinion: nous croyons du moins que celle des auteurs précités est contraire au texte de la loi.

[Favard, t. 4, p. 766, n° 4, embrasse l'avis de Carré, que repousse au contraire Thomine, n° 435. Quant à nous, nous pensons qu'il ne faut pas entendre les termes de la loi dans un sens judaïque et qu'il peut être aussi urgent, et plus urgent même, d'ordonner une opération que d'y procéder après qu'elle a été ordonnée. Nous pensons donc que l'exception s'applique autant au cas de jugement préparatoire ou interlocutoire, qu'à la confection d'une expertise ou d'une enquête.

Cependant, comme il ne serait pas raisonnable que le récusant se fît, de l'urgence prétendue, un moyen d'atteindre son but, sans faire juger la récusation, il convient que le tribunal se montre plus sévère lorsque le *passé outre* est demandé par lui que dans le cas où il est sollicité par la partie adverse, quoique l'une et l'autre aient incontestablement, aux termes de l'art. 387, le droit de former cette demande.]

1405. ***Y aurait-il nullité des jugements rendus ou des opérations faites au mépris de la prohibition de l'art.* 387?**

C'est notre opinion, fondée sur ce que l'article 1030 ne s'applique, selon nous, qu'aux exploits et actes de procédure faits par des officiers ministériels, et non pas aux actes du ministère des juges. Ainsi, les voies d'appel ou d'opposition, de cassation ou de requête civile, sont ouvertes suivant les circonstances. (*Voy.* Lepage, *Quest.*, p. 256.)

[Le juge récusé est frappé d'incapacité, et les actes qu'il ferait, nonobstant la prohibition, émaneraient d'un magistrat sans pouvoir. Quant à ceux qui n'ont pas été récusés, *voy.* la question suivante. C'est aussi l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 668.]

[**1405 bis.** ***Si, indépendamment du juge récusé, les autres membres de la chambre étaient en nombre suffisant, la suspension devrait-elle encore avoir lieu?***

Oui: à moins que le juge ne s'abstînt volontairement et du consentement de ses collègues (art. 380); autrement, la simple récusation non jugée et non admise aurait pour effet de priver l'adversaire du récusant d'un magistrat dont l'avis et le suffrage peuvent apporter des changements au résultat de la délibération, ce qui serait contraire aux règles d'une bonne justice.]

ART. 388. Si le juge récusé convient des faits qui ont motivé sa récusation, ou

---

(1) Si cependant une des parties prétend qu'il est urgent, ou d'ordonner une opération, ou de procéder à celle ordonnée, si quelque demande provisoire, qui ne peut souffrir de retard, se présente à juger; par exemple, s'il s'agit de constater l'état de l'objet ou d'un lieu qui peut changer; de faire entendre des témoins qui vont s'éloigner; d'enlever une récolte, etc., l'incident est porté à l'audience sur un simple acte, et le tribunal, après avoir appelé, pour le compléter, un juge en remplacement de celui qu'on a récusé, pèse les circonstances, et s'il les trouve très-pressantes, il ordonne, suivant les cas, ou que l'opération sera faite ou qu'il y sera procédé par un autre juge, etc. (art. 391.)

si ces faits sont prouvés, il sera ordonné qu'il s'abstiendra.

Ord., tit. XXIV, art. 15. — [Locré, t. 9, p. 243.] — (*Voy.* Formule 338.)

CCCXX. Si, par sa déclaration, le juge récusé convient des faits sur lesquels est motivée la récusation, son aveu, qui fait preuve suffisante en ce cas, ne peut être contesté par aucune des parties. Le tribunal déclare, en conséquence, la récusation valable et bien fondée; ordonne que le juge récusé s'abstiendra, et réserve les dépens en définitive, pour être supportés par celle des parties qui succombera (1).

Art. 389. Si le récusant n'apporte preuve par écrit ou commencement de preuve des causes de la récusation, il est laissé à la prudence du tribunal de rejeter la récusation sur la simple déclaration du juge, ou d'ordonner la preuve testimoniale.

C. civ., art. 1347 et 1348.

CCCXXI. Si le récusant ne peut fournir une preuve par titre, mais qu'il présente un commencement de preuve par écrit des faits avancés pour motif de sa récusation, avec offre de compléter ce commencement de preuve par une enquête, le tribunal doit accueillir son offre, et lui permettre de faire entendre ses témoins, suivant la forme ordinaire.

Le récusant n'apporte-t-il ni preuve par titre, ni commencement de preuve par écrit? La loi laisse à la prudence du tribunal ou de rejeter la récusation, sur la simple déclaration du juge récusé, ou d'admettre le récusant à faire la preuve testimoniale (2).

L'enquête achevée, l'audience est poursuivie comme à l'ordinaire sur un simple acte; le rapporteur et le ministère public prennent de nouveau la parole, et le tribunal prononce définitivement sur la récusation.

[**1405** ter. *Le commencement de preuve dont parle cet article doit-il être établi par écrit?*

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 670, se fondant sans doute sur ce que les mots *par écrit* ne sont pas répétés après ceux-ci, *commencement de preuve,* enseigne qu'il peut être établi de toute autre manière : par exemple, au moyen de faits déjà constants d'où résulterait une présomption de la vérité de ceux qu'on allègue.

Mais ne peut-on pas répondre : L'art. 389 parle séparément d'une preuve et d'un commencement de preuve? Lorsqu'il s'agit de la preuve complète, il l'exige par écrit : serait-il possible qu'il prît moins de précaution pour un simple commencement de preuve? De cette réflexion il résulte que les mots *par écrit* s'appliquent au membre de phrase qui les suit comme à celui qui les précède; le mot *apporte,* dont s'est servi le législateur, vient encore à l'appui de notre interprétation.

Au reste, cette doctrine est implicitement enseignée par Carré, dans son n° CCCXXI, *suprà,* Thomine, n° 436, et consacrée par un arrêt de la cour de cass. du 16 nov. 1825 (Sirey, t. 26, p. 211), qui a jugé que lorsque, pour motiver la récusation de juges ou d'arbitres, on allègue des faits, sans produire à l'appui *un commencement de preuve par écrit,* le jugement ou l'arrêt qui refuse d'admettre la preuve testimoniale n'est pas sujet à la censure de la cour suprême.]

[**1405** quater. *Peut-on appeler du jugement qui ordonne la preuve testimoniale des causes de récusation?*

Nous pensons, avec Demiau, p. 286, que ce jugement étant interlocutoire, l'appel peut en être interjeté d'après le principe consacré par l'art. 391, C. proc. (*Voy.* les questions traitées sur cet article.)]

[**1405** quinq. *Contre qui et avec qui se fait la preuve testimoniale?*

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 670, et Thomine, n° 436, estiment, avec raison, qu'elle ne doit être contradictoire, ni avec le juge, qui n'est point partie, à moins qu'il ne soit intervenu pour obtenir réparation, ni avec les parties adverses. Quoique les procédures en récusation soient communes aux parties, néanmoins, comme nous le disons *Quest.* 1409, aucune disposition ne prescrit une signification des procédures qui ne les concernent qu'indirectement.

Cette enquête ne sera donc pas assujettie aux règles ordinaires, et, sur les conclusions du ministère public, le tribunal rendra son jugement.]

Art. 390. Celui dont la récusation aura été déclarée non admissible ou non recevable, sera condamné à telle amende qu'il plaira au tribunal, laquelle ne pourra être moindre de 100 francs, et sans préjudice, s'il y a lieu, de l'action du juge en réparation

(1) La même décision a lieu si, le juge récusé ne s'étant pas expliqué sur les faits ou les ayant dénaturés, le récusant en fournit la preuve par écrit [ou autrement : l'article dit d'une manière générale, *si ces faits sont prouvés.*]

(2) Quand la preuve testimoniale est ordonnée, rien n'empêche de commettre, pour entendre les témoins, le juge nommé rapporteur par le premier jugement.

et dommages-intérêts, auquel cas il ne pourra demeurer juge.

Ord., tit. XXIV, art. 29 et 30. — C. pr., art. 314, 1029. — [Devilleneuve, v° *Récusation*, n° 36. — Locré, t. 9, p. 163, 243.] — (*Voy.* FORMULE 339.)

CCCXXII. La récusation peut être rejetée comme inadmissible, comme non recevable ou comme mal fondée.

On a vu qu'elle est rejetée de prime abord comme inadmissible, quand les faits allégués par le récusant ne sont point de nature à former une cause de récusation.

Elle est écartée comme non recevable, lorsqu'au jour d'audience indiqué par le jugement qui l'a déclarée admissible, on reconnaît qu'elle n'a pas été proposée dans le délai prescrit.

Enfin on la juge mal fondée, lorsque le récusant n'a point fourni la preuve de ses faits ou causes de récusation.

[L'amende est distincte des dommages-intérêts et ne doit jamais appartenir au juge récusé, mais au fisc. (Cass., 16 nov. 1825; Sirey, t. 26, p. 211.)]

1406. ***Le demandeur est-il sujet à l'amende, soit dans le cas où la récusation est jugée inadmissible ou non recevable, soit dans celui où elle est jugée mal fondée? [Soit enfin lorsqu'elle est rejetée à cause d'une nullité de procédure?]***

On pourrait supposer, d'après ces expressions de l'art. 390, *celui dont la récusation aurait été déclarée* NON ADMISSIBLE *ou non recevable*, que la condamnation à l'amende n'aurait lieu qu'autant que la récusation serait rejetée par le jugement à rendre, conformément à l'art. 385. Ce n'est, dirait-on, qu'à cette époque de la procédure que le tribunal prononce que la récusation est *inadmissible* ou *non recevable*, soit comme n'étant pas fondée sur une cause mentionnée dans la loi, soit comme n'ayant pas été proposée dans les délais qu'elle détermine.

Mais si l'on remarque, 1° que l'art. 29 du titre XXIV de l'ord. de 1667 portait que l'amende était encourue lorsque les récusations étaient déclarées *impertinentes et inadmissibles*, ou lorsqu'on en était débouté faute de preuves; 2° qu'il n'existe aucun motif raisonnable pour que le législateur eût prononcé l'amende contre le demandeur qui succomberait lors du jugement à rendre d'après l'article 385, et l'en eût dispensé, si la récusation était jugée mal fondée par celui qui interviendrait en exécution de l'art. 390; si l'on envisage, au contraire, que celui qui a récusé un juge pour une cause fausse est plus répréhensible que celui qui a invoqué une cause non admise par la loi, ou qui n'a pas fait la récusation dans le délai prescrit, alors sans doute on admettra avec Pigeau, t. 1, p. 303, n° 431, et Demiau, p. 285, que l'amende doit être prononcée dans tous les cas.

[Tous les auteurs reconnaissent la justesse du motif qui doit faire appliquer l'amende à celui dont la récusation est mal fondée, autant et à plus forte raison qu'à celui qui en a produit une inadmissible ou irrecevable. On peut voir, dans ce sens, Favard, t. 4, p. 767, n° 5, et Thomine, n° 437. Un arrêt de la cour de cass. du 16 nov. 1825 (Sirey, t. 26, p. 211), a formellement consacré cette doctrine.

Pigeau, qui l'avait adoptée dans sa procédure civile, élève la difficulté en sens inverse dans son *Comm.*, t. 1, p. 666, sur l'art. 385. Il lui semble que la loi n'a entendu porter l'amende contre le récusant que lorsqu'il succombe postérieurement à la déclaration du juge récusé, parce qu'en effet, ajoute-t-il, celui qui a formé une récusation tardivement pour une cause inadmissible, n'est pas aussi coupable que celui qui l'a basée sur des faits faux et sans fondement.

Cette observation est un motif d'appliquer l'amende au second cas, quoiqu'il ne soit pas expressément compris dans la disposition pénale; mais elle ne saurait en faire excepter le premier qui est prévu d'une manière précise.

Mais si l'acte de récusation est annulé pour vice de forme, il semble que l'amende ne soit pas encourue, puisqu'il résulte du jugement que la récusation n'existe pas. C'est l'avis de Thomine, n° 437.

Quant aux dommages-intérêts, le juge peut les obtenir, toutes les fois qu'il y a eu pour lui préjudice, en vertu non-seulement de l'art. 390 du Code de procédure, mais encore de la règle générale que consacre l'art. 1382 du Code civil.

ART. 391. **Tout jugement sur récusation, même dans les matières où le tribunal de première instance juge en dernier ressort, sera susceptible d'appel : si néanmoins la partie soutient qu'attendu l'urgence il est nécessaire de procéder à une opération sans attendre que l'appel soit jugé, l'incident sera porté à l'audience sur un simple acte, et le tribunal qui aura rejeté la récusation pourra ordonner qu'il sera procédé à l'opération par un autre juge.**

[Tar. rais., n° 295.]—Ordonn., tit. XXIV, art. 26.— C. pr., art. 376, 387. — (*Voy.* FORMULE 341.)

CCCXXIII. La généralité des termes de cet article fait assez connaître que l'on peut appeler : 1° du jugement qui déclare la récusa-

tion inadmissible; 2° de celui qui la déclare non recevable; 3° de celui qui admet à la preuve, car il est interlocutoire; 4° de celui qui déclare la récusation mal fondée (1).

[Le tribunal ou la cour qui doit connaître de l'appel du jugement du tribunal de police correctionnelle est seul compétent pour statuer sur l'appel du jugement relatif à la récusation. (Cass., 24 oct. 1817; Dalloz, t. 23, p. 330; Sirey, t. 18, p. 160.)

1407. ***L'adversaire du récusant peut-il appeler des jugements rendus sur la récusation?***

Pigeau, t. 1, p. 303, n° 432, et Lepage, *Quest.*, p. 257, maintiennent la négative de cette question, et se fondent sur ce que les art. 391 et 396 parlent seulement de l'appel du jugement qui a rejeté la récusation, et qui, par conséquent, a été interjeté par le demandeur en récusation : ils prohibent donc tacitement l'appel du jugement qui a admis la récusation, et ils le prohibent par une conséquence de ce que le droit d'appeler d'un jugement n'appartient qu'à ceux qui y ont été parties. Or, l'adversaire du récusant n'est point partie dans l'incident, puisque la loi n'oblige ce dernier à lui faire aucune signification, ni en première instance, ni en cause d'appel.

D'ailleurs, ajoute Pigeau, le jugement qui a admis la récusation ne fait aucun tort à l'adversaire du récusant, puisque le récusé est remplacé par un autre juge ou par un juge suppléant.

Demiau, p. 286, tout en reconnaissant qu'il paraît que le législateur n'a supposé d'appel que de la part du récusant, dit néanmoins que cela n'exclut point l'appel des autres parties. D'un autre côté, Berriat, *h. t.*, note 38, combat l'opinion de Pigeau, en objectant : 1° que, d'après l'art. 391, tout jugement sur récusation est susceptible d'appel; d'où suit que toute partie peut appeler, si la loi ne le lui défend pas, car l'appel est un avantage de droit commun, dont on peut user tant qu'il n'y a pas de prohibition formelle; 2° que la loi donnant aux parties la faculté de contester le renvoi pour parenté, il y a même raison de leur accorder celle d'attaquer la récusation, et, par conséquent, le jugement qui l'autorise; 3° enfin, que cet avis est conforme à l'ancienne jurisprudence.

Rodier dit en effet, sur l'art. 26 du tit. XXIV de l'ord., que, bien que les récusations soient jugées sans la participation de la partie adverse, *il est cependant permis à chacune des parties d'en relever appel.*

Ce qui nous détermine à adopter cette opinion, ce sont ces termes de l'art. 391 : *tous jugements sur récusation.* On ne saurait contester, selon nous, que ces expressions générales ne comprennent, sans distinction, tous les jugements qui interviennent par suite de la récusation, c'est-à-dire tous ceux qui admettent la récusation, soit dans la forme, soit au fond; car tous ces jugements sont rendus *sur la récusation.* Si les art. 391 et 396 parlent, comme le dit Pigeau, des jugements qui ont rejeté la récusation, ce n'est que pour énoncer des dispositions particulières à ce cas; dispositions dont on ne saurait conclure que les expressions que nous venons de rappeler ne doivent pas être entendues dans leur généralité (2).

[*V.* nos observations sur la *Quest.* 1409.]

1408. ***Mais le juge récusé peut-il aussi se rendre appelant du jugement qui déclare que la récusation est admise, ou qu'il s'abstiendra?***

Aucune disposition du Code, dit Pigeau, *ubi suprà*, n'accorde formellement au juge récusé le droit d'appeler des jugements de récusation. Cependant cet auteur, ainsi que Lepage, *Questions*, p. 258, reconnaît ce droit au juge dont l'honneur serait compromis par le jugement qui admettrait la récusation.

Berriat, *ubi suprà*, fait observer que, dans les autres cas que ceux dont parle Pigeau, on pourrait soutenir que peut-être l'appel est interdit au juge récusé, attendu que la loi ne considère pas, à proprement parler, le juge *comme partie*, du moins d'après ce qui résulte de l'arrêt de la cour de cass. du 13 nov. 1809 (Sirey, t. 5, p. 48), cité sur notre *Quest.* 1402.

Il faut remarquer ici que Rodier, sur l'article 26 de l'ordonnance, disait aussi que le juge pouvait se rendre appelant d'un jugement sur récusation qui blesserait son intérêt ou son honneur, tandit que Serpillon, sur le même article, cite un arrêt du parlement de Dijon qui décide, sans aucune distinction, que le juge récusé ne peut se rendre appelant du jugement qui a déclaré la récusation valable.

Demiau, p. 287, admet l'appel de la part du

---

(1) *V.* Pigeau, t. 1, p. 303, n° 432, *Praticien*, t. 2, p. 397, Demiau, p. 286, et la question suivante.

(2) Telle est aussi l'opinion de Poncet, *des Actions*, n° 195, qui conclut, avec raison, de ce que la voie d'appel est ouverte à l'adversaire du récusant, qu'il a le droit de contester la récusation en première instance. Et, en effet, si la récusation est une faveur introduite dans l'intérêt d'une partie, l'adversaire doit jouir de tous les moyens légitimes d'empêcher que cette faveur ne tourne à son préjudice; c'est en ce sens que nous avons envisagé la contestation de ce dernier comme tenant aux dispositions du Code, qui tendent à concilier les intérêts des parties, du public et des magistrats.

juge, non-seulement dans le cas dont nous venons de parler, mais encore dans celui où il aurait formé la demande en dommages-intérêts. Nous nous rangeons à cette dernière opinion, parce que le juge a, dans ces circonstances, un intérêt personnel à la réformation du jugement; mais il est entendu que s'il appelait pour toute autre cause, ou dans la seule vue de rester juge, il serait déclaré sans griefs (1).

[*V.* nos observations sur la *Quest.* 1409.]

1409. ***L'adversaire du récusant ou le juge récusé peut-il former opposition au jugement rendu sur récusation?***

Suivant Rodier, sur l'art. 26, la partie adverse du récusant pouvait, sous l'empire de l'ordonnance, former opposition au jugment; mais le juge ne pouvait se pourvoir que par appel, parce qu'il avait été ouï sur les causes de récusation. Demiau, p. 286, dit que le juge, comme la partie, doit préférablement prendre la voie d'opposition, qui, selon lui, lui est ouverte, parce qu'il n'est pas entendu dans le jugement.

Nous ne pensons pas que cette opinion puisse se concilier avec les dispositions du Code de procédure qui n'admettent que l'appel et qui ne portent point, comme l'article précité de l'ordonnance, que les jugements rendus sur récusation seront exécutés nonobstant *oppositions* ou appellations (2).

[L'art. 26 du tit. XXIV de l'ord. de 1667, portait : « les jugements rendus sur récusation seront exécutés nonobstant *oppositions* ou appellations. » Le Code de proc. civ., art. 391, ne parle que de l'appel; ce changement annonce quelle a été l'intention du législateur. D'ailleurs, il n'y a que les jugements par défaut qui soient susceptibles d'opposition; or peut-on appeler ainsi le jugement qui statue sur la récusation? La partie présente ses moyens: le juge à qui ils sont communiqués fait son dire. Quoique rien dans la loi n'indique que les parties seront appelées à l'audience où sera prononcé le jugement, cependant il nous semble qu'elles peuvent s'y présenter pour plaider, conformément à l'opinon de Delaporte, t. 1, p. 363. (*V.* notre *Quest.* 1398 *ter.*) Lors donc qu'elles ne se présentent pas, c'est qu'elles croient leurs moyens suffisamment développés : les parties se sont donc défendues, et le jugement ne peut être par défaut. Ce raisonnement s'applique surtout au récusant et au juge récusé. Quant à l'adversaire du récusant, est-il partie dans la récusation? Aucune disposition de loi ne prescrit de lui faire aucune signification ou communication de la procédure, si ce n'est sur l'appel (art. 396), pour lui faire connaître l'état dans lequel se trouve l'affaire. Aussi Pigeau, *Proc.*, t. 1, p. 305, n° 433, et *Comm.*, t. 1, p. 672, et Lepage, t. 1, p. 257, disent-ils que l'adversaire du récusant n'est point partie dans l'instance sur la récusation. Cependant cette instance n'est qu'un incident survenu dans la contestation principale. La partie non récusante est toujours en cause : la récusation se lie avec le fond; elle peut suspendre la marche du procès principal : des opérations urgentes peuvent être nécessaires; elles ne sont pas arrêtées. La partie adverse a donc intérêt à être présente à la procédure de la récusation, pour connaître ses progrès, pour remédier à ses lenteurs. L'art. 391 donne même une preuve que le non-récusant doit être présent à tout ce qui se fait; cet article dit que tout jugement sur récusation sera susceptible d'appel : si néanmoins, ajoute-t-il, *la partie* soutient, etc. Quelle partie? Évidemment ce sera celle qui aura intérêt à faire procéder à l'opération urgente, le récusant ou son adversaire. D'ailleurs, celui-ci n'a-t-il pas encore un autre intérêt à l'incident? La récusation ne peut-elle pas avoir pour effet de lui enlever ses juges naturels? Se-

(1) Au surplus, la cour suprême, comme Berriat a soin de le faire remarquer en terminant sa note 38, paraît même à présent considérer le juge comme *partie*, puisque, dans deux arrêts, l'un du 24 oct. 1817 (Dalloz, t. 23, p. 330; Sirey, t. 18, p. 160), l'autre du 11 fév. 1820 (Dalloz, t. 23, p. 342), elle a statué sur le recours de deux juges récusés (l'un d'eux avait appelé du jugement de récusation), tandis que, dans un système différent de celui que nous maintenons, elle les eût sans doute purement déclarés non recevables.

Il n'est pas besoin de dire que la partie adverse du récusant, ou le juge récusé, ne peut être intimé sous l'appel : ceci résulte de l'ensemble des dispositions du Code et de l'art. 391, et telle était aussi l'ancienne jurisprudence. (*V.* Serpillon, sur l'art. 26 de l'ord.)

(2) D'ailleurs, quel serait le délai de cette opposition? Quelle serait la procédure à faire en conséquence? La loi n'en dit rien. Suivra-t-on les règles ordinaires? L'incident sera prolongé, tandis que le législateur a fait tout ce qui était en lui pour hâter sa décision. (*V.* art. 394 et 395.)

Il est vrai que l'on demandera, comme la cour d'Agen, relativement aux jugements de renvoi, quelle sera la voie ouverte contre un jugement de récusation rendu par une cour d'appel, si ce n'est celle de l'opposition? On dira que Rodier, sur l'art. 26, admettait l'opposition, si ces jugements émanaient des juges en dernier ressort. Mais cette opinion ne décide rien relativement aux jugements de première instance, et Rodier disait lui-même qu'il n'y avait contre eux que la voie d'appel.

Quant aux arrêts rendus par des cours d'appel sur récusation de leurs membres, peut-être pourrait-on suivre l'opinion de Rodier; mais nous répétons que le Code ne s'explique nulle part sur l'opposition; que le législateur n'a point eu égard à l'observation de la cour d'appel dont nous venons de parler, puisqu'il a gardé le silence, et que, par conséquent, on doit conclure qu'il n'a entendu autoriser d'autre pourvoi, contre les arrêts rendus sur récusation, que le recours en cassation.

lon le nombre des juges récusés, il pourra arriver que le tribunal de son domicile ne pourra pas juger; de là, des frais, des déplacements, des lenteurs qu'il est intéressé à éviter. Il faut donc admettre que l'adversaire du récusant est partie dans l'instance sur récusation, et qu'il pourrait élever des contestations. Mais, comme le juge et le récusant, il ne pourra former opposition au jugement, puisque ce jugement est rendu en sa présence.

A l'égard de l'appel du jugement de récusation, ce que nous venons de dire sert à décider que l'adversaire du récusant peut l'interjeter, malgré l'opinion de Pigeau et Lepage, *loc. cit.*, et Thomine, n° 438. Il faut reconnaître que les art. 391 et 392 ne laissent aucun doute à cet égard, en disant : « tout jugement sur récusation sera susceptible d'appel, » sans dire de la part de quelle partie; et « celui qui voudra appeler sera tenu, etc., » ce qui s'applique aux deux parties indistinctement. Telle est l'opinion de Demiau, Berriat et Poncet.

Mais le juge peut-il se rendre appelant?

Les auteurs que nous avons cités, raisonnant d'après un arrêt du 13 nov. 1809, déjà cité sur la *Quest.* 1402, qui décide que le juge récusé ne peut être condamné aux dépens, s'accordent à dire que le juge n'est point partie dans l'instance en récusation; cependant ils ajoutent qu'il pourra appeler du jugement, s'il porte atteinte à son honneur, ou s'il a demandé une réparation.

Si le juge est intervenu pour demander une réparation, il n'y a pas de doute qu'en agissant ainsi il s'est constitué partie dans la cause, et que dès lors il a le droit de se porter appelant du jugement.

Mais s'il n'est pas intervenu, s'il est demeuré étranger au procès, qu'importe que le jugement qui le termine soit de nature à blesser son honneur? Cette circonstance lui donnera-t-elle le droit d'appeler? Non; car les parties seules peuvent l'avoir. La seule voie qui lui demeurera ouverte sera celle de la tierce opposition, et, par suite, celle de l'intervention sur l'appel (art. 466), qui appartient à tous ceux qui éprouvent un préjudice par suite d'un jugement auquel ils n'ont pas été parties. (Cass., 14 avril 1829; Sirey, t. 29, p. 241.)

Mais, par une raison contraire, la tierce opposition ne serait pas permise à l'adversaire du récusant, comme l'a jugé la cour de Besançon, le 27 août 1808 (Dalloz, t. 27, p. 179); puisqu'il était partie dans l'instance, cette voie de recours lui est interdite; l'appel seul peut lui convenir.

Lorsque la récusation est faite devant une cour royale, l'arrêt qui intervient ne peut être attaqué que par la voie de cassation. « Quelques auteurs ont prétendu, dit Favard, t. 4, p. 768, que l'arrêt est susceptible d'opposition de la part du juge récusé ou de l'adversaire du récusant; mais c'est une erreur; car, dans la procédure rapide tracée par la loi, aucun article ne parle de l'opposition : on ne peut d'ailleurs prendre cette voie que contre les jugements où l'on a été partie ou dûment appelé.» Ce que nous avons dit ci-dessus réfute ce dernier motif donné par Favard, avec lequel nous pensons néanmoins que l'opposition contre l'arrêt ne serait pas recevable.

Mais ce dernier auteur n'admet l'appel ni de la part de l'adversaire du récusant, ni de la part du juge. On vient de voir que nous n'adoptons pas son opinion en ce qui concerne l'adversaire du récusant, et qu'à l'égard du juge nous faisons une distinction.]

[1409 bis. *Les jugements auxquels le juge récusé aurait participé, les opérations qu'il aurait faites, au mépris de l'appel et hors le cas d'urgence reconnue, seraient-ils nuls, lors même que la récusation serait en définitive jugée mal fondée?*

Oui, quoiqu'on puisse dire que, la récusation n'étant pas valable, il était capable de juger, et que la décision intervenue sur ce point doit naturellement avoir un effet rétroactif jusqu'à valider tous les actes antérieurs.

Néanmoins, comme l'instance en récusation frappe le juge d'une interdiction momentanée, il est certain que pendant la durée de cette instance il demeure sans pouvoir, et que tous les actes qu'il fait n'ont pas plus de valeur que s'ils étaient émanés d'un simple particulier.

Ces actes et ces jugements sont nuls, lors même que les juges qui y ont concouru avec lui auraient été seuls en nombre suffisant, parce que sa présence a pu changer le résultat de la délibération. Ces observations faites par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 672 et 673, nous paraissent fondées sur l'esprit et le texte de la loi.]

Art. 392. Celui qui voudra appeler, sera tenu de le faire dans les cinq jours du jugement, par un acte au greffe, lequel sera motivé, et contiendra énonciation du dépôt au greffe des pièces au soutien.

C. pr., art. 377, 396, 1033. — [Tar. rais., n° 293.] — (*Voy.* Formule 340.)

Art. 393. L'expédition de l'acte de récusation, de la déclaration du juge, du jugement, de l'appel, et les pièces jointes, seront envoyées sous trois jours par le greffier, à la requête et aux frais de l'appelant, au greffier de la cour royale.

C. pr., art. 377. — [Tar. rais., n° 294.]

Art. 394. Dans les trois jours de la remise au greffier de la cour royale, celui-ci présentera lesdites pièces à la cour, laquelle indiquera le jour du jugement, et commettra l'un des juges; sur son rapport, et sur les conclusions du ministère public, il sera rendu à l'audience jugement, sans qu'il soit nécessaire d'appeler les parties.

Même art. 377, même tit. XXIV, art. 27 de l'ord. — [Locré, t. 9, p. 243. — Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. II, art. 90, *Q.* 124, § 7.]

Art. 395. Dans les vingt-quatre heures de l'expédition du jugement, le greffier de la cour royale renverra les pièces à lui adressées au greffier du tribunal de première instance.

Voy. art. 377, conséquence de l'art. 393.

[CCCXXIII *bis*. Dans les art. 394 et 395, les mots *jugement* et *juge* se rapportaient à l'expression ancienne *tribunal d'appel*. Ils auraient dû être remplacés par ceux-ci : *arrêt* et *conseiller*. A l'art. 396, on a été forcé de dire : *jugement sur l'appel*.]

Art. 396. L'appelant sera tenu, dans le mois du jour du jugement de première instance qui aura rejeté sa récusation, de signifier aux parties le jugement sur l'appel (1), ou certificat du greffier de la cour royale, contenant que l'appel n'est pas jugé, et indication du jour déterminé par la cour; sinon, le jugement qui aura rejeté la récusation sera exécuté par provision, et ce qui sera fait en conséquence sera valable, encore que la récusation fût admise sur l'appel.

Tarif, 70. — [Tar. rais., no 296.] — (*Voy.* Formules 342 et 343.)

CCCXXIV. Une procédure particulière a lieu pour l'appel des jugements sur récusation, et cette procédure, comme on le voit par les cinq articles qui précèdent, est *simple* (2) et rapide. Il ne faut pas, a dit l'orateur du gouvernement, que l'intégrité du magistrat reste longtemps sous le soupçon.

Celui qui veut interjeter appel d'un jugement rendu sur récusation ne peut le faire que dans le délai de cinq jours.

Ce délai court à partir, non pas de la *signification*, mais de la simple prononciation du jugement (3).

[Sans qu'il soit nécessaire de le lever ni signifier, suivant Delaporte, t. 1, p. 365.]

La partie qui veut se rendre appelante se transporte au greffe, assistée de son avoué. [Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 674, parle aussi de la nécessité de cette assistance.] C'est là qu'elle fait sa déclaration d'appel par un acte *motivé*, qui doit contenir, outre les moyens et conclusions, l'énonciation sommaire de chacune des pièces déposées au soutien.

La loi n'exige point expressément que l'acte d'appel soit, comme celui de récusation, signé de la partie elle-même ou de son fondé de pouvoir spécial et authentique. Ainsi, l'appel ne serait pas nul par cela seul qu'il n'aurait été signé que de l'avoué (*voy.* Demiau, p. 187); mais il faut remarquer que l'avoué, s'il n'était pas en état de justifier d'une autorisation suffisante pour souscrire un tel acte, s'exposerait au désaveu (4).

L'appel du jugement sur récusation est suspensif, comme l'est en général celui de tout autre jugement : il a de plus cela de particulier, que le tribunal ne peut en ordonner l'exécution provisoire. Néanmoins, s'il est urgent de procéder à quelque opération pour laquelle est commis le juge récusé, l'incident est porté, sur un simple acte, devant le tribunal qui a rejeté la récusation, et ce tribunal peut ordonner qu'il sera procédé à l'opération par tel autre juge qu'il commet à la place du premier.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 672, enseigne aussi que l'appel est suspensif, et Favard, t. 4, p. 769, no 7, que le tribunal ne peut ordonner l'exécution provisoire.]

Dans les trois jours qui suivent celui de la déclaration d'appel au greffe du tribunal qui a rendu le jugement, le greffier de ce tribunal est tenu, s'il en est requis par l'appelant, et si ce dernier lui consigne les frais nécessaires, d'envoyer au greffier de la cour d'appel du

---

(1) [*V.* notre observation, no CCCXXIII *bis*.]

(2) Aussi n'avons-nous à donner sur ces articles que les simples explications qui forment le présent commentaire, qui embrasse toutes leurs dispositions.

(3) Nous croyons qu'il est fatal, quoique le contraire ait été décidé par la cour de Bordeaux, le 8 juin 1809 (Sirey, t. 9, p. 297), par application de l'art. 1030, qui n'a trait qu'à l'omission des formalités prescrites pour les actes de la procédure, et non pas à des obligations imposées aux parties, comme celles que leur impose l'art. 392, par ces mots, *celui qui voudra appeler sera tenu*. (*V.* Demiau, p. 282.)

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 640, Favard, t. 4, p. 769, no 7, et Thomine, no 439, pensent aussi que le délai est fatal, comme celui de tout autre appel, et un arrêt de la cour de Colmar du 7 janvier 1828, semble l'avoir jugé. Mais nous ne pouvons trouver une déchéance là où la loi ne l'a pas établie. Dans l'art. 444, C. proc., le législateur a eu soin de dire que les délais fixés par l'art. 443, pour les appels des matières ordinaires, emportent déchéance.]

(4) Ainsi, la prudence exige que les avoués se munissent d'avance d'un pouvoir spécial, qu'il est facile de faire donner en même temps que celui nécessaire pour la récusation; car le cas d'appel peut toujours se prévoir, comme le dit Lepage, *Quest.*, p. 258.

ressort : 1° l'expédition de l'acte de récusation; 2° celle de la déclaration du juge récusé; 3° celle du jugement dont est appel; 4° celle de l'acte d'appel et les pièces déposées au soutien.

Le greffier de la cour d'appel doit, à son tour, dans les trois jours de la remise qu'on lui fait de toutes ces pièces, les présenter à la cour, qui nomme de suite un juge rapporteur et fixe le jour d'audience auquel sera prononcé l'arrêt définitif.

[La consignation des frais de la part de l'appelant n'est qu'une avance qu'il pourra répéter contre son adversaire, si l'appel est accueilli et si celui-ci succombe en définitive. (Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 674.)]

Au jour fixé pour l'audience, le rapporteur fait son rapport; le ministère public donne ses conclusions, et la cour prononce définitivement sur l'appel, sans qu'il soit nécessaire d'appeler les parties.

[Favard, t. 4, p. 769, n° 7, dit que les parties pourraient néanmoins se présenter et faire des actes d'instruction, mais que ces actes ne passeraient pas en taxe. Contrairement à cette doctrine, la cour de Grenoble a jugé le 13 fév. 1826 (Sirey, t. 26, p. 273), par induction de l'article qui dit qu'on n'a pas besoin d'appeler les parties, que celles-ci et le demandeur en récusation lui-même ne peuvent obtenir la parole après le rapport, comme cela se pratique dans la procédure d'instruction par écrit. Nous approuvons cette décision, de laquelle il suit qu'il n'est pas besoin que l'appelant soit représenté par un avoué. Le ministère du greffier suffit pour instruire la cause. (Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 674.)]

Si l'arrêt est favorable à l'appelant, celui-ci doit promptement en lever une expédition; cette expédition levée, le greffier de la cour d'appel, qui n'a plus de motifs pour retenir davantage les pièces, est tenu de les renvoyer dans les 24 heures au greffier du tribunal de première instance. Si l'arrêt a confirmé le jugement de première instance, on peut, à la rigueur, se dispenser d'en prendre expédition, sauf au greffier de la cour d'appel à se faire délivrer un exécutoire pour le payement de ses droits et déboursés.

Nous avons dit que l'appel de tout jugement sur récusation était suspensif; mais cette suspension ne doit pas dégénérer en abus, et devenir un moyen de paralyser indéfiniment l'action principale. Aussi la loi veut-elle que si, dans le mois, à partir du jugement de première instance, l'appelant n'a pas fait signifier l'arrêt définitif de la cour d'appel, ou du moins un certificat du greffier de cette cour, constatant que l'appel n'est pas encore jugé, et désignant le jour auquel il doit l'être, le jugement qui a rejeté la récusation soit exécuté provisoirement, et que toutes les procédures faites ou les jugements rendus en conséquence de cette exécution provisoire soient valables, même dans le cas où la récusation serait ensuite admise sur l'appel.

[L'arrêt qui admet la récusation ne doit pas être notifié au juge avec sommation de s'abstenir. Le greffier seul doit le lui faire connaître, ainsi qu'au tribunal, et celui-ci procède en conséquence. (*Voy.* dans ce sens notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 383, n° 44.)]

QUATRIÈME DIVISION.

DE LA PROCÉDURE RELATIVE A L'ANÉANTISSEMENT DE L'INSTANCE PAR PÉREMPTION ET DÉSISTEMENT.

Après avoir établi les règles suivant lesquelles la demande doit être formée, et la cause instruite et jugée, ainsi que tous les incidents qui peuvent retarder ou interrompre le cours de l'instance, sans cependant l'éteindre, le Code de procédure traite des moyens de terminer le procès sans discussion ni débats relatifs au fond.

Ces moyens sont la péremption et le désistement de l'instance, tous deux fondés sur cette maxime de droit, qu'il est permis à chacun de renoncer à ce qui ne concerne que son propre intérêt (1); mais dont l'un ne dérive que d'une présomption légale de cette renonciation, tandis que l'autre en est une déclaration formelle.

Cette présomption acquise, cette déclaration donnée et acceptée, l'instance est réputée n'avoir jamais existé, et conséquemment le tribunal n'a plus à prononcer sur la demande, dont il se trouve dessaisi. C'est ainsi, comme nous venons de le dire, d'après le tribun Faure, que le procès se termine sans discussion ni débats concernant le fond, le tribunal ne pouvant plus avoir à s'occuper que des seules contestations qui s'élèveraient sur la question de savoir si la péremption est véritablement acquise, ou si le désistement est valablement donné ou accepté.

Mais comme cet abandon présumé ou formel

(1) *Unicuique licet juri in favorem suam introducto renuntiare.* (L. 41, ff., *de minor.*)

ne se rapporte qu'à l'instance, c'est-à-dire à l'exercice de l'action et à tous les actes qui en ont été la suite, il n'éteint en aucun cas l'action elle-même, qu'on peut conséquemment exercer de nouveau, et aussi longtemps que la prescription du droit n'est pas acquise. (Art. 401, 403, *infrà*, *Quest.* 68, t. 1er; mais *voy.* l'exception portée art. 469.)

TITRE XXII.

DE LA PÉREMPTION (1).

La péremption (2) d'instance est l'anéantissement de l'instance par la discontinuation des poursuites pendant le temps réglé par la loi (15 et 397).

Par le mot *instance* (3) on entend la procédure qui *s'instruit*, ou l'*instruction* qui se fait pour parvenir au jugement. L'*instance* comprend donc les divers actes de la procédure respective des parties (4); et, par conséquent, depuis et y compris l'exploit introductif, jusqu'au dernier acte de procédure qui en est la suite, tout est réputé non avenu, dès qu'une demande en péremption a été formée à l'expiration du laps de temps déterminé par la loi.

Il suit de là que la péremption court à partir de l'ajournement, et non plus, comme autrefois en plusieurs ressorts, à partir de la contestation en cause, formée suivant l'art. 13, tit. XIV de l'ordonn. de 1667. Il s'ensuit encore que l'on ne connaît plus la surannation des actes isolés de la procédure par un an, ainsi qu'on l'admettait en Bretagne. (Voy. *Principes de Duparc*, t. 6, p. 285.)

La présomption que le demandeur, particulièrement intéressé à obtenir jugement, a abandonné la demande qu'il a si longtemps négligé de poursuivre, et d'un autre côté, la nécessité de mettre un terme aux procès, sont les motifs qui ont fait introduire la péremption.

Il y aurait peu d'utilité pratique à rechercher s'il est vrai qu'elle prend sa source dans la loi *properandum*, au code *de judiciis*, et à quelle époque elle a été admise dans le droit français; on peut voir à ce sujet les remarques d'Hévin, à la fin du premier volume des *Arrêts de Frain*, p. 111, et le § 1er du traité *ex-professo* de Menelet. Il suffira de savoir qu'il en était question dans les ordonnances de Villers-Cotterets de 1539; de Roussillon, de 1563; et surtout de Louis XIII, de 1629. C'étaient les seules lois générales que nous eussions avant la publication du Code de procédure sur cette matière, qui, d'ailleurs, était régie par des principes de jurisprudence locale.

Suivant le Code, la demande en péremption est une demande principale absolument distincte de l'instance qu'elle tend à faire déclarer anéantie; en sorte « qu'on ne peut agiter » sur cette demande aucune question relative à » la contestation qui était l'objet de cette » instance, et que la seule chose à juger est, » d'une part, le fait unique de la discontinua» tion des poursuites pendant le temps déter» miné par la loi; de l'autre, si, en conséquence » de ce fait, la péremption demandée doit être » déclarée acquise (5). » (*Voy.* art. 397 et sur l'art. 469.)

Elle court contre toute espèce de personnes indistinctement, même contre l'État (398). Introduite en faveur du défendeur seulement, elle n'est acquise qu'autant qu'il en a formé la demande expresse; aussi tout acte valable suffit pour la couvrir (399). Cette demande est formée par acte d'avoué à avoué, à moins que l'avoué ne soit décédé, interdit ou suspendu (400).

Elle n'a pour objet que d'anéantir l'*instance*; et, par conséquent, si elle est admise, on est libre d'intenter de nouveau l'action; mais alors on ne peut opposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni s'en prévaloir (6).

Enfin, la péremption résultant de la présomption que le demandeur originaire, qui a négligé de poursuivre, s'est désisté, les frais de l'instance périe restent à sa charge (401).

Telles sont les règles simples au moyen desquelles notre nouveau Code a dissipé toutes

---

(1) V. *suprà*, sur l'art. 15, *Quest.* 58 et suiv., et *infrà*, sur l'art. 469.

(2) De *perimere, peremptum*, éteindre, anéantir.

(3) De *stare in judicio*, agir en justice.

(4) *Traité des Actions*, n° 205.

(5) Rennes, 16 juin 1818 (Dalloz, t. 22, p. 272).

(6) [Sous le rapport du fond et de l'objet qu'elle se propose, la demande en péremption est une demande principale et distincte de la demande originaire; mais, à cause des rapports nécessaires qu'elle a avec l'instance qu'elle veut faire anéantir, on la considère comme incidente en ce qui concerne la forme de procéder. Cette distinction, consacrée par divers arrêts, trouvera souvent son application dans le cours de ce titre.]

les incertitudes qui existaient autrefois en matière de péremption, fixé la jurisprudence, et favorisé ce moyen légal de terminer les procès.

ART. 397. Toute instance, encore qu'il n'y ait pas eu constitution d'avoué, sera éteinte par discontinuation de poursuites pendant trois ans.

Ce délai sera augmenté de six mois, dans tous les cas où il y aura lieu à demande en reprise d'instance, ou constitution de nouvel avoué.

· Arrêt du règlement du parlement de Paris, 28 mars 1692. — C. proc., art. 15, 156, 342 et suiv., 1029, 1033. — [Devilleneuve, vo *Péremption*, nos 1 à 62, 112 à 114. — Locré, t. 9, p. 244 (1).

CCCXXV. L'art. 397, en disposant, en termes généraux, que toute instance sera éteinte par discontinuation de poursuites, a ramené la péremption aux principes du droit commun. Dans certains ressorts, et par exemple en Bretagne, elle ne s'appliquait, comme nous l'avons dit aux observations préliminaires, qu'aux seules instances liées par la contestation en cause, qui avait lieu, suivant l'art. 13 du tit. XIV de l'ordonnance, par le premier règlement, appointement ou jugement rendu après les défenses fournies. Les procédures antérieures s'éteignaient par la *surannation*, qui était acquise au bout d'un an, depuis la dernière pièce de procédure. (*Voy*. Duparc-Poullain, t. 6, p. 285, no 99 et 100.)

Ailleurs, il n'était pas nécessaire, pour former l'instance, qu'il y eût contestation en cause; il suffisait que la demande eût été formée judiciairement, et qu'elle eût été signifiée à partie. (Cass., 23 germ. an XI; *Rép.*, vo *Interruption de poursuites*.)

C'est dans ce dernier sens que le Code de procédure emploie constamment le mot *instance*. Nulle part il ne parle de la contestation en cause, et l'art. 397 suppose l'existence de l'instance à partir de l'exploit introductif, *encore bien qu'il n'y eût pas constitution d'avoué* (2).

[En matière d'enregistrement, le délai de la péremption d'une saisie est d'un an (art. 61 de la loi du 22 frim. an VII, et Roger, *Tr. de la saisie-arrêt*, no 541).]

[1409 ter. *Le délai, soit ordinaire, soit extraordinaire, fixé par l'art. 397, doit-il être augmenté à raison des distances ?*

Non, parce que les seuls cas dans lesquels il puisse recevoir augmentation sont déterminés par l'art. 397; on sent d'ailleurs que la disposition de l'art. 1033 n'est, par sa nature et par son but, applicable qu'aux délais de courte durée. Cette solution a été adoptée par la cour de Toulouse, le 3 janv. 1825 (Dalloz, t. 22, p. 283); elle est approuvée par Dalloz, t. 22, p. 241, no 4, et Reynaud, no 24.]

1410. *Lorsque la demande en péremption est formée avant l'expiration des trois années, et que, dans l'intervalle de cette*

---

(1) JURISPRUDENCE.

[1o La péremption de la citation en reprise d'instance, en d'autres termes, un laps de trois années sans poursuites sur cette citation, entraine la péremption de l'instance principale (Nîmes, 16 août 1819; Sirey, t. 20, p. 263);

2o Le laps de temps nécessaire pour la péremption d'instance se règle par la loi en vigueur au tribunal où elle est pendante, et non par la loi de la situation de l'objet litigieux (Liége, 28 avril 1812; Dalloz, t. 22, p. 279);

3o Un émigré amnistié n'a pu faire déclarer la péremption d'instance avant l'expiration des trois années qui ont suivi sa radiation (Brux., 30 frim. an XIV; Dalloz, t. 22, p. 230);

NOTA. Cette décision est la conséquence nécessaire du principe posé par la cour, que la loi du 2 flor. an III n'a pas éteint les droits des créanciers des émigrés contre ceux-ci. Du moment qu'on leur reconnaît un droit distinct de celui qu'ils pouvaient avoir à exercer contre l'État, il faut conclure que la péremption acquise à la nation n'a pu profiter à l'émigré. Ce n'est plus la même action, ce n'est plus la même instance; il faut donc appliquer la règle générale, qui ne déclare une procédure éteinte qu'après une discontinuation des poursuites pendant trois ans.

4o En matière de péremption d'instance, le Code de procédure civile est applicable aux instances sur la perception des droits d'enregistrement dans tous les cas qui n'ont pas été réglés par la législation spéciale sur cette matière (Cass., 18 avril 1821; Dalloz, t. 14, p. 12; Sirey, t. 22, p. 81);

[* L'art. 26 de la loi du 27 déc. 1817 sur les droits de succession n'a fait qu'abréger et réduire à une année le délai ordinaire de la péremption qui, pour le surplus, reste soumise au droit commun. (Brux., cass., 22 mai 1839; J. de B., 1839, p. 298.)]

5o Lorsque, sur une demande en péremption, un tribunal, conformément aux conclusions du défendeur à la péremption, a ordonné qu'il fût instruit et défendu au fond, sans avoir égard à la péremption, le tribunal se trouve saisi d'une nouvelle instance, et les délais d'une nouvelle péremption commencent à courir (Cass., 10 janv. 1810; Dalloz, t. 5, p. 24, et t. 14, p. 272; Sirey, t. 10, p. 1122);

6o La cession d'une créance qui fait l'objet du procès n'empêche point le cédant de suivre l'instance et d'en demander, s'il y a lieu, la péremption; il faut qu'il y ait novation, c'est-à-dire, cession de l'action même. (Grenoble, 27 août 1817; Dalloz, t. 22, p. 237; Sirey, t. 18, p. 131.)]

(2) Mais il faut remarquer que cet article n'entend parler de la constitution d'avoué que par rapport au défendeur; car d'après l'article 61, la demande étant nulle, faute par celui qui l'a formée d'avoir constitué avoué, la péremption devient inutile; il suffit d'opposer la nullité de l'exploit. (*V*. Delaporte, t. 1, p. 368, et Comm., inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 474.)

[Cette observation, d'une justesse incontestable, est reproduite par Boitard, t. 2, p. 35.]

demande aux plaidoiries, aucun acte valable n'a été signifié, peut-on déclarer la péremption acquise, en ajoutant au temps écoulé jusqu'à l'époque de la demande celui qui a couru depuis jusqu'aux plaidoiries?

Nous ne le pensons pas, par la raison que le droit de demander la péremption n'est ouvert qu'à l'expiration du laps de temps déterminé par le Code; or, une demande prématurée doit être rejetée, et les choses sont rétablies dans l'état ou elles étaient avant qu'elle eût été formée. Il importe peu que le laps de temps qui se serait écoulé jusqu'aux plaidoiries eût complété celui que la loi prescrit; la demande en péremption doit être jugée suivant l'état où était l'instance lorsqu'elle a été notifiée; car, en ce moment, elle ne présente pas à décider s'il y aura trois ans d'écoulés au moment des plaidoiries, mais s'ils l'étaient au jour de sa notification : le défendeur à la péremption peut donc l'écarter par exception.

S'il en était autrement, il s'ensuivrait que le tribunal ferait droit à un acte qui devait être considéré comme non avenu lorsqu'il a été fait, et qu'il prononcerait une péremption qui n'aurait pas été demandée dans la forme prescrite par la loi. En effet, la péremption n'étant acquise qu'à l'expiration de trois ans, conclure en plaidant à ce qu'elle soit prononcée, quoique non acquise à l'époque où elle a été demandée, c'est la même chose que si une nouvelle demande en était formée à l'audience, sans que l'on eût préalablement notifié la requête exigée par l'art. 400.

[Le 12 août 1823 (Dalloz, t. 22, p. 239; Sirey, t. 26, p. 184), la cour de Grenoble a jugé cette question dans un sens directement opposé à l'opinion de Carré; mais cet arrêt ne doit pas faire jurisprudence. L'opinion de Carré est partagée par Reynaud, nº 23.]

Il faut donc absolument, dans l'espèce de la question posée, que la partie qui a *prématurément* présenté sa requête, la renouvelle dès que le temps requis par la loi a été complété.

[La requête, présentée avant l'expiration des trois ans, ne pourrait-elle point être considérée comme un acte interruptif de la péremption, et fournir ainsi une fin de non-recevoir contre la seconde requête que Carré conseille de présenter après l'échéance des delais? Non : il est impossible de regarder une demande en péremption comme un acte qui puisse la couvrir; car elle est distincte de la demande originaire, quoiqu'elle ait avec celle-ci des rapports intimes, mais qui ne tendent qu'à la faire anéantir; et, pour interrompre la péremption, il suffit, à la vérité, d'un acte émané de l'une ou l'autre des parties, mais il faut que cet acte constitue une poursuite au principal. (Grenoble, 30 août 1817, et Nîmes, 20 août 1838; Sirey, t. 39, p. 86).

Le 13 juin 1832 (Sirey, t. 32, p. 623), la cour de Toulouse a décidé à la vérité que la demande en péremption formée par de simples conclusions signifiées n'est pas recevable, quoique, pour en couvrir la nullité, on la présente ensuite dans les formes exigées par loi. (*Voy.* la *Quest.* 1446, *infrà.*) La demande irrégulièrement formée a donc été considérée comme un acte interruptif. Mais quoique, pour le décider, la cour ait considéré que cet acte était fait dans la forme de conclusions sur l'instance principale, nous avons peine à approuver sa décision. Si, d'ailleurs, la forme en était régulière, pouvait-on dire que ce fût un acte valable dans le sens de l'art. 399?]

[1410 bis. *Que faut-il entendre par le mot* instance *dont se sert l'art.* 397?

Il faut entendre toutes les procédures faites devant un tribunal pour parvenir à la décision d'une contestation; ainsi, les procédures extrajudiciaires telles que le préliminaire de conciliation, les saisies-exécutions et autres, pour lesquelles le ministère du juge n'est pas requis, ne sont pas comprises dans la disposition de l'art. 397 et ne peuvent tomber en péremption.

Cette doctrine a été consacrée, pour ce qui concerne le préliminaire de conciliation, par arrêts de la cour d'Agen du 7 mars 1808 (Dalloz, t. 22, p. 251), et de la cour de Grenoble du 6 mars 1823 (Sirey, t. 24, p. 64); elle est enseignée par Carré, *infrà*, *Quest.* 1449 *bis*, et par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 677, Merlin, *Rép.*, vº *Péremption*, p. 340, et Reynaud, nº 14. (*Voy.* d'ailleurs ce que nous en avons dit à la *Quest.* 250.)

Un arrêt de la cour de Paris, du 28 germinal an XI (Dalloz, t. 24, p. 69; Sirey, t. 3, p. 253), l'avait appliquée aux saisies-exécutions; et c'est aussi l'avis de Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 194, et Boitard, t. 2, p. 34. Ce dernier auteur fait observer avec raison qu'il y a néanmoins des règles particulières à certaines saisies et que les délais qu'elles prescrivent ne peuvent souvent être négligés sous peine de déchéance; mais ce n'est jamais en vertu de l'art. 397 du C. de proc. civ. que ces sortes de procédures se périment.

Il en était de même, sous l'ancien droit, de la saisie-arrêt, comme l'a jugé un arrêt de la cour de cass., du 14 août 1820, et de l'acte par lequel un juge de paix nommait des arbitres sur la demande d'une commune, comme le prescrivait la loi du 10 juin 1793. (Cass., 18 mai 1829.) Mais, comme le fait observer Thomine, nº 442, les saisies de rentes, les saisies immobilières ne sont pas exemptes de la péremption, parce que ce sont de véritables instances suivies devant les tribunaux, et qu'il faut nécessairement y désigner le tribunal qui en connaîtra et

y constituer avoué; le même principe est applicable aux saisies-arrêts.

Quant à la procédure d'ordre, comme elle peut avoir lieu extrajudiciairement et par-devant le juge-commissaire seul, sans que le tribunal intervienne, il nous semble que, tant qu'elle se trouve encore dans cette première phase, on ne doit pas la regarder comme une instance, ni par conséquent la soumettre à la péremption; il en serait autrement si, par suite de contredits, le tribunal venait à être saisi de la connaissance de cette procédure; alors il y aurait vraiment des contestations judiciaires, la clôture de l'ordre dépendrait du jugement de ces contestations; il serait donc conforme aux principes de leur appliquer les dispositions de l'art. 397.]

[1410 ter. *La demande en séparation de corps tombe-t-elle en péremption si elle reste non poursuivie pendant trois ans depuis la comparution devant le président?*

Nous avons décidé, sur la *Quest.* 254, que la citation à comparaître devant le président du tribunal qui doit connaître de la demande en séparation de corps était une véritable introduction de l'instance. La conséquence nécessaire de ce principe, c'est que le défaut de poursuites pendant trois ans depuis cette citation, ou bien depuis la comparution, donne lieu à la péremption de cette instance. Il faut donc résoudre affirmativement la question proposée.]

1411. *La péremption a-t-elle lieu devant les tribunaux de commerce?*

La négative a été jugée par arrêt de la cour de Rouen du 16 juill. 1816 (Sirey, t. 17, p. 416), attendu que l'art. 642 du Code de commerce veut que la procédure devant ces tribunaux soit suivie telle qu'elle a été réglée par le titre XXV, C. proc., qui ne contient aucune disposition suivant laquelle la péremption dût être admise; d'où suit que l'art. 397 ne s'applique que dans les tribunaux de première instance.

On peut ajouter que, si le législateur avait entendu admettre la péremption d'instance dans les juridictions commerciales, il s'en fût expliqué, comme il l'a fait pour les justices de paix, dans l'art. 15, C. proc., ou qu'il eût déclaré l'art. 397 applicable dans ces juridictions, comme il l'a fait à l'égard des art. 156, 158 et 159, par l'art. 643, C. comm.

[On peut dire encore que, devant les tribunaux civils, les parties étant toujours représentées par leurs avoués, elles sont plus coupables d'avoir laissé écouler sans poursuites le délai de trois ans, que devant un tribunal de commerce où nul officier ministériel ne veille pour elles. Enfin, admettre la péremption de trois ans devant la juridiction commerciale, ne serait-ce pas aggraver les déchéances particulières introduites par le Code de commerce, notamment celle de l'art. 189 de ce Code, qui déclare prescrite l'action résultant des lettres de change, billets à ordre, etc., lorsqu'il s'est écoulé cinq ans depuis le protêt ou la dernière poursuite?

Mais tous ces arguments sont bien loin de nous paraître décisifs.

D'abord il y a même raison et peut-être raison plus puissante d'admettre la péremption en matière commerciale, où l'esprit de la loi a voulu introduire une procédure simple et expéditive, où elle n'est pas censée, par conséquent, avoir laissé aux parties la faculté d'éterniser, pour ainsi dire, les instances, lorsque, dans les tribunaux civils, elle a pris des précautions pour en assurer l'évacuation et le terme.

D'un autre côté, l'art. 397, C. proc., est conçu en termes généraux qui en autorisent certainement l'application à tous les genres de tribunaux; on dirait en vain que la procédure des tribunaux de commerce est exclusivement réglée par le titre XXV du livre II, C. proc., et par les titres y relatifs du Code de commerce, lesquels ne parlent point de la péremption; combien de fois n'avons-nous pas eu l'occasion de faire remarquer que les règles générales de procédure tracées par les 24 premiers titres du livre II, devaient être appliquées aux tribunaux de commerce, lorsqu'elles n'étaient pas incompatibles avec l'organisation spéciale à ces tribunaux? Ainsi nous leur avons rendu communes les dispositions des articles 153 et 165, relatives au défaut-joint et à l'opposition, celles qui concernent le règlement de juges, le renvoi à un autre tribunal, les récusations, etc., etc. En un mot, nous avons reconnu, en principe, ce que la jurisprudence et la doctrine ont maintes fois consacré, que le tit. XXV, C. proc., n'a d'autre but que d'indiquer quelques exceptions à la procédure ordinaire, et non de proposer un système complet de procédure en matière commerciale. Les nombreuses lacunes qu'on y rencontrerait ne suffisent-elles pas pour justifier ce sentiment?

On opposera sans doute que, s'occupant tour à tour et successivement des justices de paix, des tribunaux civils, des tribunaux de commerce et des cours d'appel, le Code a, pour chacune de ces juridictions, une disposition spéciale relative à la péremption, sauf toutefois pour les tribunaux de commerce; d'où l'on voudrait conclure que le législateur a entendu bien positivement les en excepter.

Mais il faut remarquer que l'art. 397, sous le livre des tribunaux civils inférieurs, est pourtant, de toutes ces dispositions, la seule qui s'occupe des principes généraux et constitutifs de la péremption; que l'art. 15, pour les justices de paix, contient l'introduction d'un droit

tout à fait spécial, d'où il suit que son insertion était indispensable, quoique la règle générale eût été portée ailleurs; qu'en effet, il s'agit dans cet article d'une péremption qui est de plein droit, qui s'acquiert au bout de quatre mois, qui n'a lieu qu'après un jugement interlocutoire; que, d'un autre côté, l'art. 469, au titre *des cours d'appel* n'a pas pour but de disposer que la péremption aura lieu dans les instances pendantes devant elles; qu'au contraire, il le présuppose et se borne à en déterminer les effets. Ainsi, l'omission d'une disposition spéciale sur cette matière, au titre *des tribunaux de commerce*, ne doit pas faire croire que la loi n'a pas voulu leur rendre communes les règles de la péremption. On peut en induire, au contraire, que, pour ce qui concerne la péremption, aucune exception n'est admise, même en matière commerciale, aux dispositions du titre XXII; et cela avec d'autant plus de raison que, les tribunaux de commerce et les tribunaux civils étant au même degré, placés sur une ligne parallèle, il n'y a pas entre eux les différences qui ont nécessité, soit dans les justices de paix, soit dans les cours royales, un certain nombre de règles spéciales.

Quant à l'objection prise de l'absence des officiers ministériels devant les tribunaux de commerce, elle n'est d'aucun poids, puisqu'en matière civile, suivant les termes formels de l'art. 397, la péremption n'a pas moins lieu, encore qu'il n'y ait pas eu constitution d'avoué.

Le motif tiré de la prétendue violation de l'art. 189, C. comm., n'est pas plus solide; il a le tort de confondre la prescription de l'action avec la péremption de l'instance, deux choses qui doivent demeurer séparées, quoique bien souvent l'une exerce son influence sur l'autre; mais cela n'a-t-il pas également lieu pour les actions d'un autre genre soumises à des prescriptions plus ou moins longues?

Au reste, l'arrêt de la cour de Rouen, rapporté par Carré, est le seul qui ait consacré son opinion. Dès le 16 juin 1818 (Dalloz, t. 22, p. 251; Sirey, t. 19, p. 22), la cour de Riom avait décidé que, dans une affaire commerciale pendante devant la cour d'appel, la péremption n'avait pas moins lieu que dans une affaire civile. Quoique Carré ait cité cette décision sur l'art. 469, avec une note approbative où il dit qu'elle ne fait point obstacle à l'opinion par lui exprimée sur la *Quest.* 1411, les motifs de décider étant tout autres pour les procédures d'appel et celles de première instance; néanmoins, il semble qu'il serait plus conforme à la raison d'admettre des principes uniformes dans les deux degrés de juridiction, ainsi que le veut Favard, t. 4, p. 195, 1re col., 2e alin.; puisqu'on est forcé de convenir qu'en appel, la péremption est admise dans les affaires commerciales, on ne voit pas de bons motifs pour l'exclure en première instance. Pourquoi l'instance durerait-elle trente ans dans ce cas, tandis qu'elle serait éteinte devant la cour, après trois ans de discontinuation de poursuites? Il y a de l'inconséquence dans une pareille opinion, qui, malgré son apparent hommage à la volonté de la loi, n'a pour résultat, en définitive, que de contrarier son action et de l'empêcher d'atteindre au but qu'elle se propose.

Aussi ce dernier sentiment a été depuis consacré par les cours d'Amiens, le 28 juin 1826, de Bastia, le 26 fév. 1834 (Sirey, t. 34, p. 608), par le tribunal de commerce de Bordeaux, le 3 mars 1834, par la cour de la même ville, et sur l'appel du jugement précité, le 16 juill. 1834 (Sirey, t. 34, p. 488), et enfin solennellement proclamé, sur le pourvoi formé contre ce dernier arrêt, par la cour de cass., le 21 déc. 1836 (Sirey, t. 37, p. 5).

Nous croyons que cette dernière décision de la cour suprême, qui n'avait jamais été appelée à se prononcer sur la question, doit fixer les incertitudes de la jurisprudence et rallier les dissidents, au nombre desquels, indépendamment de Carré, l'on trouve Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 680, Coffinières, *J. Av.*, t. 22, p. 346, Ravez dans une consultation insérée au *J. Av.*, t. 47, p. 563, et Pardessus, *Droit commercial*, n° 138.

Mais la décision consacrée par la cour de cassation est adoptée et défendue par Merlin, *Quest.*, v° *Trib. de Comm.*, § 10, Favard, t. 4, p. 195, n° 8, Locré, *Esprit du C. de Comm.*, t. 9, p. 7, Thomine, n° 442, Reynaud, *Tr. de la Péremption*, n° 18, et Dalloz, t. 22, p. 249, n° 3.

Toutefois nous devons ajouter, en terminant, que, le 21 nov. 1823, Carré a persisté dans son opinion. On lit dans sa consultation cette considération particulière : « Vainement » argumenterait-on de ces mots TOUTE INSTANCE » dont se sert l'art. 397; il est sensible que ces » expressions générales n'ont été employées » que pour comprendre les instances pendantes devant les tribunaux d'arrondissement, » quels que fussent ou leur nature d'instance » verbale ou écrite, ou l'objet de la demande » qui les aurait introduites. »]

1412. ***La péremption s'acquiert-elle contre une instance soumise à des arbitres?***

Oui, répondait Lange, p. 502, parce que les arbitres sont obligés de juger suivant l'ordonnance. Fondés sur l'art. 1009 du Code, qui dispose que les parties et les arbitres suivront, dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues, les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 410, pensent aussi que les instances arbitrales sont sujettes à péremption. Mais nous ferons observer que cette question n'en est pas une; car l'art. 1007 porte que,

le compromis n'ayant pas fixé de délai, la mission des arbitres ne dure que trois mois, du jour de sa date; si, au contraire, il en a fixé un, leur mission cesse à l'expiration de ce délai : voilà la péremption des instances arbitrales établie par des dispositions particulières : on n'a donc point à appliquer à ces instances la péremption prononcée par l'art. 397.

[*Voy.*, pour confirmer la justesse de cette observation, Thomine, n° 442, et Reynaud, p. 31. Aussi la cour de Brux. a-t-elle jugé que, lorsque le compromis avait cessé par la récusation ou le décès de l'un des arbitres, il ne pouvait y avoir lieu à demander la péremption, l'instance n'existant plus. Cet arrêt est du 16 oct. 1829. (J. de B., t. 1er de 1830, p. 28.)]

1413. *La prescription de l'action emporte-t-elle la péremption de l'instance?*

Non, puisque l'art. 397 dit, en termes généraux, que *toute* instance est périmée par discontinuation de procédure pendant trois ans. Or, il est de principe que la demande formée en justice conserve l'action, suivant cette maxime du droit romain, *omnes actiones quæ.... tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.* (*Voy.* L. 139, ff. *de reg. juris.*)

Ainsi, bien qu'une action puisse être prescrite à l'expiration d'un laps de temps moindre que celui requis pour la péremption, l'instance ne sera néanmoins périmée qu'au bout de trois ans. (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 311, n° 440.)

D'un autre côté, lorsqu'une action n'est prescriptible qu'au bout d'un laps de temps qui s'étend au delà des trois années requises pour la péremption, l'instance sera éteinte par discontinuation de poursuites, à la différence de ce qui se pratiquait en Bretagne et en Normandie, où la péremption de l'instance n'avait lieu, après la contestation en cause, qu'autant qu'elle concourait avec la prescription. (Voy. *Rép.*, v° *Péremption*, § 2, n° 19, 2°, Duparc-Poullain, t. 9, p. 291 et 292, et la Dissertation d'Hévin sur la péremption, à la fin du 1er vol. des arrêts de Frain.)

La cour d'appel de Rennes a vainement demandé, dans ses observations sur le projet, que ce principe de jurisprudence locale, qui avait l'avantage de prévenir plusieurs instances dans le cours du délai fixé pour la prescription, fût consacré par le Code; il est évident que les art. 397 et 401 l'ont abrogé.

[Un arrêt de la cour de cass. du 22 janv. 1816 (Dalloz, t. 22, p. 241; Sirey, t. 16, p. 118), a jugé, conformément à la doctrine de Carré, qu'une action annale intentée dans le délai fixé par la loi n'est pas éteinte par la discontinuation de poursuites pendant plus d'une année. Déjà, le 5 mars 1812, la même cour avait décidé que les lois qui veulent que certaines affaires soient jugées dans un délai déterminé ne sont pas censées vouloir qu'après ce délai les affaires non jugées soient périmées de plein droit. Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, § 4, Favard, t. 4, p. 196, n° 9, et Reynaud, n° 21, approuvent cette jurisprudence, et citent, comme conformes, les arrêts des 23 germ. an XI, 4 mars et 4 nov. 1807 (Sirey, t. 3, p. 306, et t. 8, p. 57); enfin, la cour de Liége a jugé, le 22 janv. 1836 (J. de Brux., t. 2 de 1836, p. 139), que la demande en péremption d'une instance d'appel ne peut être écartée par cela que l'action résultant du jugement attaqué par le défendeur en péremption serait prescrite.

Toutes ces décisions sont fondées sur ces deux principes incontestables que l'instance conserve l'action tout le temps que la péremption n'en a pas été prononcée, et que l'action et l'instance sont des choses diverses, de façon que lorsqu'on invoque une déchéance contre cette dernière, on ne peut rien mêler à ses conclusions qui soit relatif au fond du droit.

Les cours de Rennes et de Nîmes ont bien jugé, les 10 fév. et 9 août 1819, que, lorsque la prescription est acquise contre une lettre de change par discontinuation de poursuites pendant cinq ans, on peut opposer cette prescription sans avoir au préalable demandé la péremption. Cette décision est juste et n'est nullement en contradiction avec celles que nous venons de rapporter. Car ici la prescription particulière dont il s'agit ayant le même point de départ que la péremption elle-même, et s'acquérant de plein droit, il s'ensuit que l'instance n'a d'efficacité pour conserver l'action que pendant cinq ans; c'est une exception que la loi elle-même apporte à sa règle générale. Ces mots de l'art. 189 *s'il n'y a eu condamnation* ne permettent pas le doute.

Mais il nous semble que c'est à tort que la cour de Paris a, le 7 avril 1829, appliqué cette exception au cas d'une prescription trentenaire.

En effet, dans sa solution sur la *Quest.* 1415, Carré, recherchant si la prescription de l'action entraînait la péremption de l'instance, ne paraît avoir envisagé que le cas où le délai de cette prescription vient à s'accomplir avant celui de la péremption.

Mais l'hypothèse où le délai de la prescription est plus long que celui de la péremption, nous paraît aussi mériter une attention sérieuse. Si, par exemple, après avoir intenté une action décennale, je laisse la procédure interrompue pendant dix ans, ou pendant trente ans, lorsque c'est une action ordinaire, la procédure sera-t-elle éteinte de plein droit? Subira-t-elle le sort que l'action aurait subi incontestablement s'il n'y avait pas eu de poursuites? ou tout au moins est-elle sujette, comme un droit, comme une action ordinaire, à la prescription de trente ans, en sorte qu'elle

n'ait le pouvoir de prolonger que jusqu'à cette limite, les actions dont les lois particulières restreignent l'exercice à un moindre temps?

A la fin de son numéro 1424 *infrà*, Carré donne son opinion sur cette difficulté, mais comme par hasard et d'une manière si transitoire qu'il est permis de douter qu'elle soit le résultat d'un examen réfléchi, ou même que la question se soit positivement présentée à son esprit, et qu'il ait été réellement dans son intention de la résoudre.

Quoi qu'il en soit, il semble croire que l'instance n'a de valeur que pendant la durée du temps requis pour la prescription de l'action dont elle est l'exercice; et que, ce temps une fois écoulé sans poursuites, l'instance est périmée de plein droit, aussi bien que l'action est éteinte.

D'autres, moins sévères, regardent l'instance une fois introduite comme un droit distinct de l'action elle-même, qui ne participe pas aux déchéances auxquelles celle-ci est sujette, mais qui, comme tout droit, est soumise à la prescription la plus longue, à celle de trente ans.

Pour combattre ces deux systèmes, nous invoquerons d'abord l'opinion mieux réfléchie de Carré lui-même, qui s'exprime ainsi dans une dissertation trouvée parmi ses manuscrits : « Il » était regardé comme incontestable, dans la » province de Bretagne, ainsi que l'atteste un » acte de notoriété du 15 nov. 1757, que la » péremption était acquise de plein droit lors» qu'elle concourait avec la prescription de » l'action principale; le Code de procédure » consacre, au contraire, le principe que la » péremption n'a *jamais* lieu de plein droit, » *même lorsqu'elle concourt avec la pres*» *cription*. Par une conséquence de cette » doctrine, dès lors qu'indépendamment de » la prescription, même acquise sous l'em» pire du Code, une demande en reprise d'in» stance est formée, ou tout acte notifié, la » péremption est couverte, aux termes de l'ar» ticle 399. Sans doute la péremption peut être » opposée par exception, lorsqu'elle était ac» quise avant que le nouveau Code de procé» dure fût promulgué. Mais lorsqu'au con» traire, *la prescription* ne s'est accomplie » que sous l'empire du Code qui nous régit, il » est impossible de soutenir sérieusement que » la péremption n'eût fait, pour ainsi dire, » que sommeiller, en attendant la prescription. » En un mot, elle n'a pas été acquise avant le » Code, donc le Code est applicable à la de» mande qu'on en veut former; donc elle n'a » pu être acquise de plein droit; donc enfin, » elle ne peut être opposée par exception, et » jusqu'à ce qu'elle le soit par demande di» recte, *l'instance tient* INDÉFINIMENT *l'ac*» *tion en état*. »

En effet, lorsque l'instance a été intentée, il n'y a plus d'action nue, si l'on peut s'exprimer ainsi, et ne pouvant subsister que par ses propres forces; il n'y a plus de droits réels ou personnels; il n'y a qu'une procédure. Dès lors les règles spéciales pour l'extinction de cette procédure peuvent seules être suivies. Ce ne sont donc plus trente ans, dix, vingt ou quarante ans qui peuvent donner lieu à une déchéance, parce que ce n'est pas l'action primitive que cette déchéance menace; ce sont trois ans seulement, parce que la procédure seule est en jeu. Mais, à côté de ce délai plus restreint, il est un principe écrit en termes exprès, que la péremption n'a pas lieu de plein droit, et qu'elle se couvre par les actes valables faits par l'une ou l'autre des parties avant la demande; d'où il suit que ce terme de trois ans est le *minimum* fixé par la loi à la durée de l'instance, mais que le *maximum* est indéfini et dépend uniquement de la volonté de celui à qui appartient le droit de demander la péremption. Donc, jusqu'à ce qu'il la demande, ou s'il la laisse couvrir, ou s'il la couvre lui-même, la procédure ne cesse pas d'être vivace, de protéger l'action, d'empêcher toute prescription, puisque celui à qui l'action appartenait en avait usé, autant qu'il pouvait le faire, en commençant une procédure, et que cette procédure à son tour n'est soumise par la loi à aucun autre genre d'extinction que la péremption demandée.

N'était-ce pas le même principe qui, à Rome, rendait une action perpétuelle de temporaire qu'elle avait été, du moment qu'il y avait *litis contestatio?* La novation alors était complète; et si, avant les trente ans, la procédure était suivie, cette prescription, qui était une véritable péremption, se trouvait interrompue. Seulement elle avait lieu de droit, comme aussi sous notre ancienne jurisprudence française, tandis que la péremption nouvelle n'a jamais lieu de droit.

Il faut qu'elle soit demandée; si on ne la demande pas, la procédure qui conserve l'action est censée commencée chaque année, chaque jour, et le premier acte valable remontera au jour même de l'introduction de l'instance : c'est le vœu de la loi.

Tous ces principes sont vrais, dira-t-on, et leurs conséquences seraient inévitables s'il s'agissait réellement ici d'une péremption. Mais on oublie que ce n'est point par la péremption, mais par une prescription semblable à celle qui éteint les actions ordinaires, que la procédure sera éteinte dans ce cas; en un mot, le droit qui dérivait pour le demandeur du dernier acte auquel il s'était livré, ce droit disparaîtra, parce que tous les droits et actions se prescrivent par le laps de trente ans.

D'abord, dans sa première opinion, Carré ne raisonnait pas ainsi, puisqu'il admettait la prescription de dix ans, de cinq ans, selon que l'action dont la procédure était l'exercice, se

trouvait soumise à l'une de ces prescriptions particulières.

Mais, en rejetant cette opinion, qui contrarie toutes les notions de notre nouvelle procédure, peut-on au moins admettre la prescription trentenaire des actes d'une instance? Non : la suite d'une procédure ne peut être considérée comme une action ou réelle ou personnelle.

Les règles de la prescription ordinaire ne peuvent lui être appliquées. Entre autres différences, qu'on remarque celle-ci : la prescription de procédure court même contre les mineurs (art. 397, C. proc.), tandis que la prescription civile ne court pas contre eux (article 2252, Code civil).

Mais, d'ailleurs, on va donc créer deux espèces de péremption lorsque le Code n'a fait aucune distinction, n'en a fait même pressentir aucune, et qu'il tranche net toutes les anciennes controverses entre tel et tel délai, tel ou tel mode de demande, etc.; on va créer, à côté de celle que la loi a proclamée, une seconde péremption insolite, d'une nature contraire à celle de la première, puisqu'elle s'acquerra de plein droit, et n'aura pas besoin d'être demandée.

Enfin, dernière considération : si le décès de l'avoué arrive après 29 ans et 11 mois, il faudra bien accorder l'augmentation de six mois que l'art. 397 accorde en pareil cas. (Voy. la *Quest.* 1423.) L'expiration des 30 ans ne sera donc pas le terme précis de la prescription; elle aura été suspendue par un fait et non par un acte, ce qui est contraire à son essence.

Il faut donc décider que, pour la procédure, il n'y a qu'une sorte d'extinction, la péremption; qu'une prescription de plein droit est une véritable anomalie. C'est ainsi que nous croyons devoir entendre largement la maxime : *omnes actiones quæ tempore pereunt, semel inclusæ in judicio salvæ permanent.*

Un arrêt de la cour de cass. du 23 nov. 1831 (Sirey, t. 32, p. 67), que nous citons aussi sur la *Quest.* 1427, semble juger directement et formellement le contraire de la doctrine que nous venons d'exposer.

Cependant nous croyons, d'après les circonstances de la cause, qu'il devait juger comme il l'a fait, mais par d'autres motifs.

Dans l'espèce sur laquelle est intervenu cet arrêt, le dernier acte de l'instance était un arrêt de 1785 qui avait ordonné le partage d'une succession entre cohéritiers, et nommé des experts pour procéder à l'estimation. C'était donc un arrêt tout à la fois interlocutoire et définitif, et l'on verra, sous la *Quest.* 1421, que ces sortes de décisions ont pour effet de soustraire l'instance à la péremption, et par conséquent, de replacer l'action, avec le jugement qui en est le résultat sous un rapport et le principe sous un autre, sous l'empire de la prescription. Si donc cet arrêt n'a pas été exécuté, et que trente ans se soient écoulés depuis, ce n'est pas à l'instance qu'on opposera la prescription résultant de cette interruption, mais à l'action qui dérivait de l'arrêt, et qu'on n'a pas exercée.

Voilà sans doute le principe qui a dicté la décision de la cour suprême. Mais le rédacteur de l'arrêt nous paraît avoir eu tort de poser en principe qu'indépendamment de la péremption de l'art. 397, on devait encore admettre contre les instances la prescription trentenaire.

Le rapport de Hua, à la suite duquel est intervenu l'arrêt du 13 déc. 1830, et un autre arrêt de la cour de cass. du 16 janv. 1837, sont encore moins en opposition avec notre système; car ils statuent sur la procédure particulière aux instances en cassation, qui n'est point sujette aux règles du nouveau Code, que la péremption de trois ans ne peut atteindre, et qui, conséquemment, doit être soumise à l'ancienne péremption trentenaire, et de plein droit. En en effet, nous n'allons pas jusqu'à prétendre qu'il y ait des instances qu'aucune voie d'extinction ne puisse atteindre, et, lorsque le genre de péremption introduit par le Code de procédure est inapplicable, il va sans dire que la péremption ancienne doit reprendre son empire.

Nous croyons donc devoir persister dans notre opinion, les monuments de jurisprudence que nous venons de discuter n'y étant pas contraires lorsqu'on les examine de près.

Cependant nous devons dire que Merlin, qui avait d'abord émis le même système que nous, paraît l'avoir abandonné et même le combattre, dans son *Rép.*, v° *Péremption,* sect. 3, § 8.]

1414. ***Y a-t-il des cas où la péremption puisse être acquise à l'expiration d'un terme moindre que celui fixé par l'article 397? [La péremption d'un jugement par défaut entraîne-t-elle la péremption de l'instance?***]

Oui : par exemple, les instances en justice de paix sont périmées après quatre mois, à partir d'un interlocutoire. (*Voy.* nos questions sur l'art. 15.) Le commandement qui précède une saisie immobilière est périmé par trois mois (*voy.* art. 674); celui qui précède un emprisonnement l'est par l'espace d'une année (*voy.* art. 784); enfin, les poursuites qui suivent une contrainte d'enregistrement le sont par le même laps de temps. (*V.* la loi du 22 frim. an VII, art. 61.)

C'est ici le lieu de remarquer que la péremption de six mois, prononcée contre les jugements par défaut faute de constitution d'avoué, à raison de l'inexécution de ces jugements dans ce délai, n'emporte point la péremption de l'instance; du moins telle a été la décision

de la cour de Nîmes (arrêt du 5 juillet 1809, Dalloz, t. 18, p. 425; Sirey, t. 11, p. 432), fondé sur ce qu'en déclarant qu'à défaut d'exécution dans les six mois de leur obtention, les jugements dont il s'agit sont réputés non avenus; l'art. 156 ne prononce rien sur les instances qui leur ont servi de base; de là il résulte que si l'instance est encore entretenue, et la demande introductive non périmée, rien ne s'oppose à ce qu'un nouveau jugement soit obtenu, par suite de cette demande, avant l'échéance du délai de la péremption fixé par l'article 397.

Cette décision peut sembler conforme aux principes, attendu que la péremption, ou plutôt la prescription du jugement après les six mois, résulte d'une disposition d'exception qui doit être restreinte à l'acte qu'elle a pour objet, et ne peut avoir l'effet de périmer l'instance pour laquelle cet acte est intervenu, par un laps de temps moindre que celui prescrit par l'art. 397. (*Voy.* Delaporte, t. 1, p. 368.)

On peut cependant élever quelques doutes, à raison de ce que l'art. 156 a pour motif de prévenir l'abus du défaut de remise de la copie de l'assignation. (*Voy.* Exposé des motifs, par le conseiller d'État Treilhard, édit. de F. Didot, n° 33.)

Or, ce serait rendre le remède à cet abus sans effet, que d'autoriser la partie qui a à s'imputer la faute de n'avoir pas fait exécuter un premier jugement, à en obtenir un second, sans assigner de nouveau sa partie adverse.

Mais si l'on admet, par ce motif, que la péremption du premier jugement entraîne celle de l'instance qui l'a précédé, il faudrait admettre aussi, ce qui nous paraît trop dur pour être entré dans l'esprit du législateur, qu'un arrêt par défaut, rendu sur appel, étant périmé, entraînât également la péremption de l'instance, en sorte que le jugement que cet arrêt aurait peut-être réformé, se trouverait avoir l'autorité de la chose jugée. (*Voy.* article 469.) Comment concilierait-on une telle décision avec ce qui se pratique après un arrêt de cassation qui, en annulant une décision d'appel, conserve à l'acte d'appel qui a introduit l'instance tous ses effets, en ce sens que la déchéance n'a pas lieu, et que l'instance s'introduit devant une autre cour?

Ces considérations nous portent à croire que l'on doit adopter ici une opinion qui tient le milieu entre la décision de la cour de Nîmes ci-dessus rapportée, et l'opinion de ceux qui pensent que la péremption d'un jugement par défaut entraîne celle de l'instance qu'il aurait terminée. Nous pensons, en conséquence, que la première assignation conserve ses effets, en ce sens, par exemple, qu'elle aurait interrompu une prescription, qu'elle aurait donné lieu à des actes probatoires, par exemple, à une enquête, etc., mais sous la condition d'assigner la partie à domicile, pour voir rendre le second jugement.

[Carré avait déjà énoncé cette opinion à la note de la *Quest.* 648. Dans sa consultation du 21 nov. 1823, que nous croyons inutile de rapporter, il développe d'une manière plus large les conséquences de son principe. Il enseigne positivement que la péremption prononcée contre le jugement par l'art. 156, laisse subsister dans toute leur force les actes de l'instance sur laquelle il est intervenu; d'où il suit qu'un nouveau jugement peut être poursuivi sans nouvelle assignation.

Nous pensons que ce sentiment est conforme au texte de la loi, comme il l'est aussi à la jurisprudence et à l'opinion des auteurs.

L'art. 156 contient une disposition rigoureuse : aussi doit-il être restreint aux termes dans lesquels il est conçu; l'art. 401 est une preuve évidente de l'intention du législateur : dans ce dernier article, il a déclaré éteinte toute la procédure; son silence, dans l'art. 156, doit trancher la question.

Berriat, v° *Jugem. par défaut*, note 19, n° 6, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 356, Favard, t. 3, p. 173; Boncenne, t. 1, p. 165, n° 118, Merlin, *Rép.*, *h. v.*, sect. 2, § 1, n° 18, et Reynaud, n° 160, enseignent la même doctrine, qu'un seul arrêt de la cour de Limoges du 24 janv. 1816 (Dalloz, t. 18, p. 425) a proscrite, mais que tous les autres ont sanctionnée.

C'est ce qui résulte implicitement d'un arrêt de la cour de cass. du 11 juin 1823 (Sirey, t. 23, p. 317), qu'il sera fort utile de consulter; et formellement des arrêts des cours de Rouen, 17 nov. 1812, de Limoges, 10 mai 1819 (Dalloz, t. 18, p. 425; Sirey, 21, p. 62), de Paris, 25 fév. 1826 (Sirey, t. 26, p. 291), et 1er mai 1832, de Bourges, 30 juin 1829 (Sirey, t. 30, p. 101), de Bordeaux, 20 fév. 1835 (Sirey, t. 35, p. 265), et de Brux., 17 oct. 1822 (J. de B., t. 2 de 1822, p. 306), et 11 mars 1835 (même Journ., t. 2 de 1835, p. 315). Un arrêt de la cour de Nîmes du 30 août 1829, déjà rapporté *Quest.* 663, a bien décidé qu'un jugement de reprise d'instance, rendu par défaut et périmé, faute d'exécution dans les six mois, ne pouvait empêcher la péremption de l'instance principale, mais il n'y a là rien de contraire à la doctrine que nous venons d'exposer. Dans l'espèce, le jugement étant anéanti, il fallait remonter à plus de trois ans pour rencontrer le dernier acte de la procédure; c'était donc de la péremption ordinaire de l'art. 397 qu'était frappée la procédure antérieure. Or, tout ce que nous avons voulu dire, c'est que la courte péremption d'un jugement par défaut n'entraîne pas avec elle celle de l'instance, qui se trouve d'ailleurs entretenue par des actes antérieurs dont la date néanmoins ne remonte pas à trois ans. (Voy. *infrà*, la *Quest.* 1421 *bis*.)

Voir aussi la *Quest.* 1422, où nous exami-

nons les effets que peut produire, sur l'instance originaire, la péremption de l'instance d'opposition.]

1415. *Le temps de la péremption doit-il être compté* de momento ad momentum?
[*Faut-il que le dernier jour des trois ans soit accompli?*]

Lange, dans son *Prat.*, chap. 24, p. 494, résout affirmativement cette question, en disant que le jour du terme *à quo,* qui est celui de la cessation de la dernière procédure, doit être compris dans le terme. Cet auteur, ainsi que le remarque Berriat Saint-Prix, ne donne aucune bonne raison en faveur de cette opinion, contre laquelle on peut opposer le principe *dies termini à quo non computatur in termino,* et que nous ne croyons pas devoir adopter, parce que la péremption est une espèce de prescription; or, l'art. 2060 du Code civil veut que la prescription se compte par jour, et non *de momento ad momentum.*

[Cet avis, que nous adoptons, est combattu par Merlin, vº *Péremption*, sect. 1re, § 2, nº 2, 1º, et approuvé par Favard, t. 4, p. 193, nº 6, Dalloz, t. 22, p. 241, nº 2, et Reynaud, nº 22. Une autre question, qui se rattache à celle-ci, s'élève encore; c'est celle de savoir si le dernier jour des trois années doit être entièrement accompli pour que la demande en péremption puisse être formée : il faut dire, d'après la disposition précise de l'art. 2061, C. civ., que la péremption n'est acquise que lorsque *le dernier jour du terme est accompli,* par conséquent, on ne peut pas former la demande ce jour-là; elle serait prématurée. C'est ainsi que le décide Merlin, *Rép.*, t. 1, p. 304, col. 1, et que l'a consacré la cour de Brux., par arrêt du 23 déc. 1835 (J. de B., t. 2 de 1836, p. 49.)]

1416. *Peut-on opposer la péremption, s'il s'est écoulé trois ans depuis que l'affaire est en état.*

Pour la négative de cette question, on pourrait argumenter de ces termes de l'art. 397, *toute instance.... sera éteinte par discontinuation de poursuites*, et faire ce raisonnement : *L'affaire étant en état,* il n'y a plus de poursuites à faire : il n'y a donc point de discontinuation de poursuites à imputer au demandeur, et conséquemment de péremption à opposer. En effet, le retard de la décision ne peut être imputé qu'aux juges. (V. *Prat. franç.*, t. 2, p. 408, et les *Quest.* de Lepage, p. 262.)

Nous croyons néanmoins que cette opinion n'est pas celle qu'il convient de suivre, attendu que les art. 505, 506 et 507 autorisent la prise à partie pour déni de justice, lorsque les juges négligent de juger les affaires en état, après les réquisitions qui leur ont été faites à requête des parties. Or, n'est-ce pas, de la part du demandeur, discontinuer des poursuites, que de ne pas user des moyens que la loi lui donne pour obtenir jugement? (*Voy.* Lange, chap. 24, p. 497, et Pothier, chap. 4, sect. 4, § 2 (1).)

Le 21 juin 1836 (Sirey, t. 37, p. 400), la cour de Lyon a appliqué cette doctrine, et par les mêmes motifs, à une espèce dans laquelle le juge avait retardé son jugement pendant plus de trois ans, quoique les plaidoiries fussent closes et le ministère public entendu. Les observations du tribunat viennent à l'appui de cette jurisprudence. (Locré, t. 9, p. 244, nº 203.) Contre cette opinion, que nous adoptons, on peut citer néanmoins deux arrêts de Brux. des 18 fév. 1824 (J. de B., t. 2, de 1824, p. 55), et 15 fév. 1825 (même Journ., t. 1, de 1825, p. 155).]

1417. *La solution donnée sur la question précédente s'applique-t-elle au cas de négligence d'un commissaire à procéder à une opération ordonnée, ou d'un rapporteur à rapporter un procès?*

Lange, *Prat.*, p. 495, maintient l'affirmative, par les mêmes motifs que nous venons de déduire. Il paraît que Berriat partage cette opinion (*voy.* vº *Péremption*, note 8, nº 3); mais Lepage et les auteurs du *Praticien* (*ubi suprà*), sont d'une opinion contraire. Nous nous en tenons au sentiment de Lange, quoiqu'il ait été rejeté, relativement au rapporteur, par un arrêt de la cour de Rennes de mai 1815, puisqu'en cette circonstance, le demandeur doit s'imputer la faute de n'avoir point constitué le rapporteur en demeure de mettre l'affaire en état.

[La décision de la cour de Lyon, rapportée sur la question précédente, s'appliquerait ici à plus forte raison; et cependant Thomine, nº 443, émet une opinion contraire, que nous ne pouvons adopter. Mais Favard, t. 4, p. 193, nº 6, et Reynaud, p. 69, partagent la nôtre.]

1418. *Mais le décès d'un commissaire ou d'un rapporteur interrompt-il le cours de la péremption?*

Les anciens auteurs tenaient l'affirmative;

---

(1) [* La cour de Bruxelles a décidé que l'inscription au rôle des causes pour poser qualités n'empêche pas la péremption. (Brux., 15 avril 1841.) Elle a même jugé qu'il en était ainsi pour le cas où ces qualités avaient été posées. (*V.* ces arrêts, J. de B., 1842, 3e cahier, et l'arrêt de rejet, Bull. 1842.) On peut encore l'induire du § de l'art. 397 qui n'admet la prorogation de délai que pour les affaires où il y a lieu à demande en reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué; ce qui implique que les affaires en état restent sous l'empire de la disposition générale du § 1er.]

mais nous croyons que cette opinion ne saurait prévaloir aujourd'hui, non-seulement parce que le Code garde le silence à ce sujet, mais encore parce que le demandeur a à s'imputer la faute de n'avoir pas fait remplacer le juge-commissaire ou le rapporteur, conformément à l'art. 110, qui s'applique dans le cas de décès de l'un et de l'autre, ainsi que nous l'avons dit sur la *Quest.* 984.

Telle est aussi, du moins quant au rapporteur, l'opinion de Delaporte, t. 1, p. 369, de Lepage dans ses *Quest.*, p. 262, *in fine*, et enfin de Demiau, p. 290 et 291, et de Menelet, *Traité des péremptions*, p. 4.

[C'est aussi l'opinion de Favard, t. 4, p. 193, n° 6, de Reynaud, p. 70, et la nôtre : et nous l'étendons au cas de décès d'un expert, parce qu'il est aisé de le faire remplacer. Il n'y a même aucune raison pour augmenter le délai de six mois, dans ces divers cas, ainsi que l'a décidé la cour de Lyon, le 25 mars 1829 (Sirey, t. 29, p. 306).]

1419. *Une transaction ou un compromis, intervenu sous le cours de l'instance, mais qui n'aurait pas été exécuté, interrompt-il le cours de la péremption?*

Lange, *ubi suprà*, p. 496 et 497, et Pothier, 1re part., chap. 4, se prononcent pour l'affirmative, et leur opinion est adoptée par Pigeau, t. 1, p. 512, n° 441, attendu qu'il serait injuste de prononcer la péremption contre une partie qui n'a discontinué ses poursuites que sur la foi d'une transaction ou d'un compromis, sur l'exécution desquels elle a dû compter.

Mais les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 411, font observer que de tels actes étant étrangers à la procédure ne peuvent s'y appliquer, ni empêcher la péremption. C'est, disent-ils, à la partie intéressée à mettre à couvert ses droits par des mesures conservatoires, et à éviter le piége dans lequel son adversaire a voulu la jeter. Ce dernier avis, dit Berriat, v° *Péremption*, note 8, est plus conforme au sens littéral du Code, et le premier à l'équité.

Il ne nous paraît pas certain que les dispositions du Code s'opposent à ce que l'on admette l'opinion de Pigeau ; tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il garde le silence; mais ne devra-t-on pas plutôt considérer une transaction ou un compomis comme un désistement de l'instance introduite, et, si la transaction n'est pas exécutée, ne devient-elle pas le principe d'une instance nouvelle, en exécution de cet acte? Le compromis n'a-t-il pas remis les parties au même état où elles étaient avant l'instance, et ne faut-il pas la renouveler, comme on le ferait si un désistement avait été accepté? (*Voy.* art. 403.)

Telle est notre opinion, que nous ne croyons pas susceptible de distinction ou de modification relativement à la transaction, puisque l'art. 2044 du Code civil la définit un contrat par lequel les parties *terminent une contestation née*, ou préviennent une contestation à naître; mais nous convenons, au sujet du compromis, que la décision dépend des circonstances, et que celle que nous venons de donner en général est sujette à exception, si, par exemple, les parties n'ayant pas exprimé qu'elles entendent se désister de l'instance pour dessaisir le tribunal, le compromis se trouvait sans effet, en conformité de l'art. 1004, etc. (1).

[La restriction proposée par Carré, à la note, relativement au compromis, a été adoptée par les cours de Paris, le 14 août 1809, et de Grenoble, le 6 mai 1817 (Dalloz, t. 22, p. 270). Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 684, Reynaud, p. 52, et Thomine, n° 443, émettent avec raison le même avis.

Quant à l'interruption de la péremption par l'effet d'un traité intervenu entre les parties, elle a été reconnue par la cour de Limoges, le 8 juillet 1823 (Dalloz, t. 22, p. 271), dans une espèce où le traité, dont on avouait l'existence passée, avait été déchiré depuis d'un commun accord; et par la cour de cassation, le 8 mars 1831 (Sirey, t. 31, p. 155), dans une affaire en séparation de corps, dont les deux époux paraissaient être convenus de suspendre la poursuite, en se séparant de fait et d'un commun accord.

Les cours de Florence et de Limoges, les 28 juin 1812 et 15 juillet 1817, ont étendu le même effet aux tentatives que fait l'une des parties pour terminer le procès à l'amiable. On ne doit pas souffrir, comme le fait observer Thomine, n° 443, que, par des promesses artificieuses, une partie endorme la vigilance de son adversaire.

Cette dernière jurisprudence, approuvée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 684, Merlin, *Rép.*, sect. 1, § 2, 10°, Favard, t. 4, p. 193, n° 6, a été de nouveau corroborée par les arrêts des

(1) Cette opinion présente quelques doutes concernant le compromis, si l'on n'admet pas, comme nous, que le compromis dessaisisse le juge, et que conséquemment il faille, à moins que les parties ne s'en soient autrement expliquées, revenir devant lui par action absolument nouvelle. Mais, dans ce cas, ne pourrait-on pas du moins penser, comme Menelet, p. 91, qu'il conserve l'instance; mais que, du jour de son expiration, l'affaire retombant en la juridiction où elle était pendante quand les parties compromirent, elle s'y périme par une cessation de poursuites de trois années?

Nous ajouterons, avec le même auteur, qu'il n'est pas nécessaire, pour que le compromis fasse obstacle à la péremption, qu'il soit suivi de procédures; mais si l'instance compromissoire, ce qui ne peut guère arriver, durait plus de trois ans, sans que les parties eussent procédé devant les arbitres, la péremption nous semblerait acquise devant le tribunal de première instance.

cours de Lyon, 29 nov. 1822, de Pau, 13 mars 1836, et de Brux., 18 mars 1830. La cour de Bourges, le 28 juill. 1823 (Dalloz, t. 22, p. 270), en rendant une décision semblable, l'étend encore aux payements à compte faits par le débiteur.

Mais les cours de Poitiers, 8 juill. 1828, de Besançon, 29 déc. 1827 (Dalloz, t. 22, p. 271), et de Grenoble, 6 juin 1822, se montrent plus rigoureuses; elles jugent que de simples propositions d'arrangement ne sont pas capables d'interrompre la péremption, surtout faites par lettre missive, à moins que cette lettre ne contienne une renonciation formelle au droit de la demander.

La cour de Bruxelles a même jugé le 19 janvier 1828 (J. de B., t. 1 de 1828, p. 140), que le retrait du rôle, opéré du consentement des deux parties, dans le but de terminer la cause à l'amiable, n'empêche pas la péremption de courir, si rien ne prouve qu'il ait été convenu entre elles de suspendre indéfiniment les poursuites.

Nous croyons, et c'est ce qui nous semble résulter de la combinaison de tous ces arrêts, que les circonstances particulières peuvent seules déterminer sur un tel point la décision du juge, qui sera toujours rendue en fait plutôt qu'en droit. C'est aux magistrats, ainsi que le dit Thomine, n° 443, à faire une juste application de la maxime : *contrà non valentem agere non currit præscriptio*. On peut voir, dans le même sens, Renaud, p. 53 et suiv.]

1420. ***Des cas fortuits, qui ont mis le demandeur dans l'impossibilité d'agir, interrompent-ils le cours de la péremption?***

Il y a des faits qu'aucune prudence humaine ne saurait empêcher; on les appelle *cas fortuits;* ils comprennent la force majeure et l'autorité de la loi. La justice et les lois veulent que nul ne réponde *des cas fortuits.* Nous croyons donc qu'ils interrompent la péremption. Ainsi nous dirons, avec Lange et Rodier, et d'après les arrêts cités par le premier, p. 496, que tous événements qui n'ont pas permis au demandeur de couvrir la péremption en ont interrompu le cours; que l'on ne peut former la demande en péremption lorsque, par un accident de force majeure, le demandeur aurait perdu ses pièces; par exemple, par suite d'incendie survenu dans la maison de l'avoué ou de l'avocat qui en était chargé (1).

[Ce sont là des principes d'éternelle justice que tous les auteurs proclament.]

1421. ***La péremption peut-elle courir contre une instance dont la poursuite est suspendue, soit par une demande incidente, soit par tout autre incident qui devrait être vidé préalablement au jugement du fond, soit enfin par des jugements préparatoires, interlocutoires et provisoires? [Courrait-elle en faveur d'une partie qui aurait apporté des obstacles à la procédure?]***

Demiau estime que l'incident doit être considéré comme une instance particulière qui suspend l'instance principale, en sorte que le délai pour la péremption de celle-ci ne reprendrait son cours qu'autant que l'incident serait lui-même périmé (2).

Telle était aussi l'opinion de Lange, p. 499; mais Pigeau, p. 447, remarque avec raison que les demandes incidentes ne forment point des instances séparées qui soient susceptibles d'une péremption particulière, une instance se composant tout à la fois et de la demande principale et des demandes incidentes qui y sont jointes.

Il suit de là que les incidents tombent sous

---

(1) Mais d'après la jurisprudence, la suspension momentanée du cours de la justice, causée, par exemple, par une occupation militaire, n'opère interruption qu'autant qu'il est prouvé d'ailleurs qu'il en est résulté, pour les parties et leurs avoués, impuissance absolue de faire aucun acte de procédure. (Paris, 25 avril 1815; cass., 29 juin 1818; Sirey, t. 16, p. 368, et t. 18, p. 358.)

NOTA. L'arrêt du 29 juin 1818, dit Berriat, *h. t.*, note 8, n° 2, est sujet à des objections sérieuses, en ce qu'il prononce qu'une invasion, qui interromprait les communications entre l'avoué et son client n'arrêterait pas la péremption, si la ville où postule l'avoué n'était pas envahie, attendu que celui-ci peut agir (notifier un acte, par exemple) pour couvrir la péremption. L'avoué est, il est vrai, le maître de la cause quant à l'instruction; mais il ne s'ensuit pas qu'il doive continuer l'instruction, quand son client a témoigné, expressément ou tacitement, vouloir la suspendre; il doit, au contraire, attendre un nouvel avis de ce dernier pour la continuer, et par là même empêcher la péremption : donc, si une force majeure a empêché le client de transmettre cet avis avant la fin du délai où la loi lui permettait de couvrir la péremption, c'est le priver d'une faculté légale que de déclarer la péremption alors accomplie : nous ne pouvons qu'adhérer à ces justes observations.

[Nous préférons la doctrine de la cour de cassation, qui obtient aussi l'approbation de Merlin, *Rép.*, *ibid.*, n° 2 3°, et Favard, t. 4, p. 197, n° 10. Reynaud, n° 45 et suiv., réfute l'objection de Berriat, en disant que l'avoué a toujours mandat de faire les actes de son ministère, quelle qu'en soit la nature.]

(2) [L'opinion de Demiau est vraie pour les incidents qui suspendent nécessairement la poursuite de l'action principale, par exemple, une demande en péremption. Il est clair que tant que cette demande est pendante, la procédure principale est forcément interrompue, et que, démis de sa première demande en péremption, le défendeur ne pourrait en établir une autre sur le défaut de poursuites pendant la durée de la première : puisque le demandeur ne pouvait agir, il n'est pas répréhensible de ne l'avoir pas fait. C'est la décision de la cour de Toulouse du 21 novembre 1837.]

le coup de la péremption de l'instance durant laquelle ils ont été formés.

[C'est aussi, et nous y adhérons, l'opinion de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 678, de Dalloz, t. 22, p. 249, n° 6, et de Reynaud, n° 4 et 50.]

Par arrêt du 6 mai 1813 (Sirey, t. 14, p. 89), la cour de Rouen a prononcé de la même manière, relativement aux jugements préparatoires et interlocutoires; elle a déclaré que ces jugements ne constituent point des instances spéciales, mais qu'ils font partie de l'instruction ou des errements de la cause dans laquelle ils sont intervenus, et qu'enfin cette doctrine est celle qui a été adoptée par l'art. 397 du Code de procédure civile, puisque, dans son premier paragraphe, il est conçu en termes généraux qui excluent toute exception qu'on voudrait introduire hors des deux cas exprimés au second paragraphe du même article.

Ainsi nous conclurons que toute procédure par incident, comme tout jugement préparatoire ou interlocutoire, tombe dans la péremption acquise par trois ans de discontinuation de procédures (1).

Mais nous n'appliquerons pas cette solution aux jugements provisoires, attendu, comme le dit Duparc-Poullain, t. 6, p. 295, qu'ils ne peuvent tomber en péremption, parce qu'ils ne sont point jugements d'instruction, et qu'ils ne se prescrivent que par trente ans (2).

[La décision de la cour de cassation, citée à la note, a été suivie par la cour de Bourges, le 26 juin 1811 (Dalloz, t. 22, p. 255), et par celle de Grenoble, le 13 janv. 1817 (Dalloz, t. 22, p. 152); elle est approuvée par Merlin, *Rép.*, v° *Péremption,* 3°, Favard, t. 4, p. 190, n° 2, Dalloz, t. 22, p. 250, n° 9, et Reynaud, n° 7; nous pensons, comme ces auteurs, que la disposition de l'article 397 est assez générale pour qu'on doive l'appliquer aux instances dans lesquelles sont intervenus des jugements préparatoires et interlocutoires.

Le principe que l'on doit consulter pour décider toutes les questions de ce genre, est celui-ci : *Toute instance est sujette à péremption,* tant qu'elle subsiste (3).

Pour qu'un jugement puisse l'y soustraire, il faut donc que ce jugement *termine* l'instance, partiellement du moins, si ce n'est pas sur tous les points à la fois.

Or, un simple jugement d'instruction, comme sont les jugements préparatoires et interlocutoires, n'a point ce résultat; bien loin de terminer l'instance, il la proroge. C'est donc avec raison que la jurisprudence s'est fixée en ce sens qu'ils ne peuvent empêcher la péremption de l'instance, et qu'ils y sont eux-mêmes soumis. Indépendamment des arrêts déjà cités, nous pouvons mentionner encore ceux de la cour de cass. des 14 juin 1837 (Sirey, t. 37, p. 588), et 9 août 1837, et celui de la cour de Caen du 18 mai 1838. Le 13 juin 1821, la cour de Limoges a consacré une dérogation à cette règle, en décidant qu'un arrêt interlocutoire *qui préjuge définitivement le fond,* doit arrêter le cours de la péremption; cette exception ne nous paraît pas fondée. Car si l'arrêt préjuge le fond dans ce sens que les juges soient liés, il est définitif, et rentre par conséquent dans la catégorie dont nous allons nous occuper; mais, s'il est vraiment interlocutoire, les juges peuvent toujours revenir sur la décision qu'il renferme, et dès lors peut-on y voir autre chose qu'un simple arrêt d'instruction, tel que ceux dont nous avons déjà apprécié les effets?

Quant aux jugements qui contiennent des chefs définitifs et interlocutoires, ils sont un obstacle à la péremption de la procédure. (Nîmes, 29 mars 1824, et 3 janv. 1825, Toulouse, 22 fév. 1825, Pau, 17 juill. 1827, Sirey, t. 28, p. 213, Grenoble, 7 mars 1828, et 29 oct. 1829, Agen, 1er juin 1836, Sirey, t. 36, p. 378, et cassation, 19 décembre 1837, Sirey, t. 38, p. 179.) La prescription trentenaire est, dans ce cas, la seule qui puisse être opposée, parce que ce jugement, en tant qu'il doit être exécuté, est le principe d'une nouvelle action, et que l'exécution n'est que l'exercice de cette action, et en quelque façon n'est plus une instance. Mais, pour entendre sainement cette doctrine, il est essentiel de remarquer, avec un arrêt de la cour de Nîmes du 22 mai 1826 (Sirey, t. 27, p. 24), que, pour que le jugement ait l'effet de proroger l'instance pendant trente ans, il faut que la partie définitive qu'il contient, touche le fond du procès; car il en serait autrement si elle n'avait statué que sur une fin de non-recevoir tirée d'un vice dans la procédure. C'est également l'opinion émise par Reynaud, n° 7.

---

(1) Cette doctrine a d'ailleurs été consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 14 déc. 1813 (Sirey, t. 14, p. 137), en ce qu'il décide que les jugements préparatoires ne sont point un obstacle à ce que l'instance soit éteinte par discontinuation de poursuites, et qu'ils sont eux-mêmes annulés ou éteints, comme les autres actes de la procédure périmée.

(2) *V.* les raisons qui seront données sur l'article 401, en examinant la question de savoir si ces jugements peuvent être invoqués dans une seconde instance introduite après la péremption d'une première.

(3) [Le principe corrélatif est plus évident encore : on ne peut recevoir une demande en péremption contre une instance qui n'existe plus. La cour de Brux. l'a appliqué, le 16 oct. 1829 (J. de B., t. 1 de 1830, p. 28), à une espèce où l'on demandait la péremption d'une instance devant arbitres, déjà éteinte par le décès de l'un d'entre eux et la récusation de l'autre (art. 1012, Cod. proc. civ.).]

Alors, en effet, pour entrer dans le véritable esprit de la jurisprudence que nous venons de rapporter, on devrait adopter une distinction qui nous paraît fondée sur la raison.

La procédure, dans le cas qui nous occupe, se compose de deux époques : celle qui est antérieure au jugement, celle qui lui est postérieure.

Incontestablement le jugement dont il s'agit exerce son influence sur la première, pour la conserver, parce qu'elle a produit son effet, parce qu'elle est arrivée à un terme dont le jugement lui-même est l'expression dans ce qu'il contient de définitif. Mais la partie de la procédure qui suit ce jugement, n'est alors que l'exécution du chef interlocutoire qu'il renferme, interlocutoire destiné à arriver au jugement du fond qui, jusque-là, n'a pas été entamé. Elle doit donc être soumise à la péremption comme si le jugement eût été purement interlocutoire.

Sur la question de savoir quel est le sort des jugements eux-mêmes, lorsqu'ils font partie d'une instance périmée, *voy.* la *Quest.* 1451.

Les mêmes principes peuvent nous guider dans la solution de cette autre difficulté de savoir si, lorsque la discontinuation des poursuites est due à la négligence d'une partie ou aux obstacles qu'elle y a apportés, elle est néanmoins recevable à demander elle-même la péremption.

Nous répondons : Oui, sauf le cas de dol et de fraude ; parce que la péremption s'applique à toute instance existante, et qu'il a toujours dépendu de la partie adverse de lever les obstacles ou de suppléer à la négligence.

Aussi, nous n'approuvons pas un arrêt de la cour de Rouen du 5 juill. 1828 (Sirey, t. 29, p. 248), qui décide que, lorsque la péremption a lieu par le fait et la négligence des deux parties, les juges peuvent se dispenser de la prononcer.

En l'absence de toute loi sur la péremption, cet arrêt formerait jurisprudence, parce qu'il repose sur un principe d'équité ; mais il faut dire que, sous l'empire du Code de procédure, il viole le texte formel de la loi : l'art. 397 contient une règle trop générale pour admettre d'autre exception que le cas de dol ou de fraude.

Nous ne pouvons approuver davantage l'arrêt de la cour de cass. du 7 mars 1820 (Dalloz, t. 22, p. 268), qui décide que celui qui, après avoir remis ses pièces entre les mains du rapporteur, les a postérieurement retirées, ne peut pas invoquer la péremption résultant de la discontinuation des poursuites que ce retrait a occasionnée. Mais dans ce cas, comme dans celui de l'arrêt précédent, comme dans celui de l'arrêt de la même cour du 2 fév. 1830 (Sirey, t. 30, p. 241), ne dépendait-il pas de la partie que la péremption menaçait de faire juger le procès, indépendamment des productions de son adversaire ? L'art. 99, C. proc., ne lui en fournissait-il pas le moyen ? Et la partie qui a reçu des pièces en communication et qui ne les rend pas, est-elle irrecevable à demander la péremption, sous prétexte qu'elle a ainsi paralysé la marche de la procédure, comme l'a encore décidé la cour de Rouen, le 10 juill. 1821 (Dalloz, t. 22, p. 268) ? Non, sans doute, car son adversaire avait des moyens pour les lui faire rendre. De même, il ne faut pas dire, avec la cour de Brux., le 16 avril 1830 (J. de B., 1830, 1re, p. 335), que la partie admise à une preuve, et qui a laissé écouler trois ans sans procéder à son enquête, ne peut invoquer la péremption résultant de cette suspension de poursuites, mais plutôt, avec la cour de Lyon, le 2 mars 1830 (Sirey, t. 31, p. 268), que, bien qu'une partie soit chargée de faire une enquête qui aurait même été ordonnée dans son intérêt, rien n'empêche l'autre partie de rapporter cette enquête si elle le juge convenable, de poursuivre sur icelle, et de faire tous autres actes de procédure capables d'interrompre la péremption. Il faut remarquer toutefois que, si un délai a été accordé à la partie pour faire une justification, ce délai est suspensif de la péremption vis-à-vis de l'autre partie qui, jusque-là, doit respecter la décision des juges, et s'abstenir d'agir ; mais, à l'expiration du délai, le cours de la péremption recommence. (Bordeaux, 14 août 1835.)

Merlin, t. 17, p. 311, et Reynaud, n° 39, approuvent et défendent les principes d'où nous faisons résulter ces critiques, qui peuvent également s'appliquer à un arrêt de la cour de Brux., du 18 fév. 1825 (J. de B., t. 1er de 1825, p. 156).

Mais cette cour a jugé, avec raison, le 26 avril 1831, que l'appel interjeté pour un cas éventuel ou sous une condition opposée, par l'appelant seul, est susceptible de péremption, même avant que cette condition ou ce cas se réalise, parce qu'autrement ce serait permettre à l'appelant de se prévaloir, pour excuser sa négligence, d'un fait qui lui est personnel et qui, d'ailleurs, ne pouvait l'empêcher d'agir.]

[1421 bis. *Le jugement par défaut sur le fond est-il censé terminer l'instance et par conséquent mettre obstacle à une demande ultérieure en péremption ?*

A l'égard des jugements par défaut qui auraient été signifiés avant l'expiration du délai de la péremption, on ne peut douter qu'ils n'aient pour effet de l'interrompre ; l'opposition est alors la seule voie qui reste pour les attaquer.

Mais la difficulté est plus grave lorsque ces jugements n'ont pas été signifiés. Nous croyons qu'il faut distinguer les jugements, faute de

comparaître d'avec les jugements faute de plaider. Quant aux derniers, nous ne pensons pas qu'ils puissent tomber en péremption, parce que, quoique non signifiés ni exécutés, ils n'en subsistent pas moins comme actes définitifs émanés du pouvoir judiciaire et réglant les droits des parties.

Pour ce qui est des jugements faute de comparaître, nous leur appliquerions la même décision tout le temps qu'ils pourraient être regardés comme subsistants, c'est-à-dire pendant les six mois qui suivent leur prononciation. Après ce terme, étant eux-mêmes anéantis, ils ne peuvent plus soutenir l'instance. Celle-ci donc s'écroulerait si d'autres actes interruptifs n'avaient pas eu lieu. (*V.*, sur la *Quest.* 1414, un arrêt de la cour de Nîmes du 30 août 1820, et nos observations.)

Cependant la cour de Paris, le 22 juin 1813 (Dalloz, t. 22, p. 262; Sirey, t. 14, p. 346), et la cour de Lyon, le 6 août 1824 (Sirey, t. 26, p. 319), ont décidé, sans distinction, qu'un jugement par défaut, non levé ni signifié, ne peut interrompre la péremption. Dans l'espèce de la cour de Paris, il s'agissait bien d'un jugement périmé faute d'exécution; mais ce motif, qui nous paraît le seul véritable, n'a pas été invoqué par l'arrêt.

Carré, à la note de la *Quest.* 1437, *infrà*, adopte en partie la décision de la cour de Paris. Il pense comme elle qu'un jugement par défaut non signifié doit être regardé comme non avenu, et ne peut par conséquent couvrir la péremption; mais il ne veut pas qu'on puisse conclure de là que la signification soit nécessaire dans tous les autres cas où il s'agira d'interrompre la péremption, et c'est cependant ce qui semble résulter des considérants de cet arrêt. Pigeau, *Proc. civ.*, au n° 3 du chapitre *de la Péremption*, et *Comm.*, t. 1, p. 685, *in fine*, va plus loin que Carré. C'est sans restriction et dans toute sa généralité qu'il admet la doctrine de la cour de Paris. La péremption étant une espèce de prescription, il faut, suivant ce jurisconsulte, que les actes interruptifs soient signifiés, parce que, tant que la partie adverse les ignore, elle a juste sujet de croire que l'action qu'on avait intentée contre elle n'est pas poursuivie. D'ailleurs, ajoute Pigeau, un jugement par défaut, susceptible d'opposition, ne termine pas l'instance. Mais ce motif n'est pas approuvé par Berriat, *h. t.*, t. 1, note 12, n° 3. Si on l'admettait, fait observer cet auteur, il faudrait dire aussi que les jugements contradictoires de premier ressort ne terminent pas l'instance dès qu'ils sont susceptibles d'appel. En conséquence, Berriat rejette l'opinion de Pigeau, pour adopter celle de Rodier qui pensait qu'un jugement par défaut, quoique non signifié, couvre la péremption. Toutefois, Berriat, ajoute qu'il n'en est plus ainsi, dès que le jugement lui-même est périmé, c'est-à-dire après les six mois. Tel est aussi l'avis de Merlin, *Rép.*, v° *Désempt.*, n° 10. Ce docte jurisconsulte pense qu'un jugement par défaut termine l'instance, mais conditionnellement, c'est-à-dire sauf l'opposition, et pourvu qu'il ait été exécuté dans les six mois. De là il résulte que, si le jugement tombe, soit par l'effet de l'opposition, soit par le défaut d'exécution dans les six mois, la péremption recommencera à courir, parce que, dans ces deux cas, le jugement est réputé non avenu; mais jusque-là il a été un obstacle à la péremption. Ce qui semble d'ailleurs à Merlin une raison sans réplique, c'est qu'aujourd'hui on ne doute plus qu'un jugement par défaut non signifié ne puisse être valablement inscrit comme titre hypothécaire. Or, pour produire un tel effet, il faut que ce jugement soit réputé exister; mais on ne peut admettre cette conséquence sans admettre aussi qu'il termine l'instance, car c'est là le principal effet d'un jugement; si donc il termine l'instance, il faut dire qu'il arrête la péremption.

C'est dans ce sens, et avec la même restriction, que la question a été décidée par les cours de Brux., 17 oct. 1822 (J. de B., t. 2 de 1822, p. 306), de Bordeaux, 4 fév. 1830 (Sirey, t. 30, p. 173), de Bourges, 1er mars 1831 (Sirey, t. 31, p. 250), et la cour de cass., 19 avril 1830 (Sirey, t. 30, p. 189). Reynaud, n° 65, se range, comme nous, à l'opinion de Merlin.]

[1421 ter. *Un arrêt de cassation est-il un obstacle à la péremption de l'instance devant la cour de renvoi? La péremption a-t-elle lieu devant la cour de cassation?*

Un arrêt de cassation n'est pas un obstacle à la péremption de l'instance devant la cour de renvoi; car il ne termine point l'instance d'appel; et dès lors celle-ci, qui n'a pas changé de nature, est sujette à tous les incidents des instances ordinaires: elle peut donc se périmer devant la cour de renvoi, et c'est ce qui arrive, alors même qu'aucune assignation n'a été donnée pour comparaître devant cette nouvelle cour (cass., 12 juin 1827; Sirey, t. 27, p. 338; Besançon, 15 mars 1828; Sirey, t. 28, p. 263; Toulouse, 10 juill. 1832; Sirey, t. 32, p. 590); ou bien qu'après la cassation, cette cour n'ait pas été désignée, ni l'arrêt de cassation signifié. (Cass., 18 février 1828; Sirey, t. 29, p. 127.)

Mais la péremption ne court pas devant la cour de cassation elle-même, à l'égard de l'instance en pourvoi: le règlement de 1738 ne contenant aucune disposition sur cette procédure, il n'y a que la prescription trentenaire qui éteigne cette instance, parce que cette voie d'extinction d'une action est de droit commun. C'est ce que la cour de cass. a jugé, le 16 janv. 1837. On peut voir, au t. 41, p. 458 du *J. Av.*,

l'opinion très-bien motivée sur ce point de M. le conseiller Hua, et l'avis conforme de Dalloz, t. 22, p. 240, nos 6 et 7; il faut consulter aussi l'explication par nous donnée, sur la *Quest.* 1415, du vrai sens de ces arrêts.]

1422. ***L'opposition à un arrêt ou jugement par défaut est-elle le principe d'une nouvelle instance susceptible de péremption?***

En d'autres termes: *Peut-on déclarer périmée l'instance particulière sur l'opposition, sans étendre la péremption à l'instance principale?*

Par arrêt du 23 oct. 1810 (Dalloz, t. 22, p. 281; Sirey, t. 11, p. 35), la cour de cassation a prononcé que si, par application de l'art. 15 de l'ord. de 1563, semblable à l'article 397, C. proc., l'opposition est introduite par une instance séparée de celle sur laquelle est intervenu le jugement attaqué, elle en est néanmoins la suite immédiate, et se rattache à tous les actes antérieurs pour n'en former qu'*une seule et même instance*. Or, aux termes de la loi, la péremption doit s'appliquer, si elle est acquise, à tous les actes de l'instance, sans qu'il soit permis aux juges de la restreindre à certains actes particuliers: donc on ne peut déclarer la péremption acquise sur l'opposition sans l'étendre à l'instance principale.

On sent que la conséquence directe de cette décision fournit le plus fort argument en faveur de la solution de la *Quest.* 1421, conformément à l'opinion de Pigeau; ou, pour mieux dire, cet arrêt la justifie complétement, puisqu'il y aurait encore moins de raisons pour dire qu'un incident survenu dans le cours d'une instance en formerait une distincte et séparée, qu'il n'y en aurait pour faire admettre qu'une opposition serait introductive d'une instance de cette nature.

[La doctrine de la cour de cassation sur cette difficulté a été adoptée par les cours de Toulouse, le 12 déc. 1821 (Dalloz, t. 22, p. 282), et de Paris, le 27 juillet 1826 (Sirey, t. 27, p. 103); la cour de cass. l'a également reproduite, le 27 avril 1825. Merlin, *Rép.*, vo *Péremption*, section 1, § 6, Favard, t. 4, p. 292, no 3, Berriat, *h. t.*, note 12, no 5, Dalloz, t. 22, p. 281, et Reynaud, no 11, rapportent cette jurisprudence en l'approuvant.

On peut objecter que, puisque la péremption de l'instance d'opposition fait tomber le jugement de défaut, l'opposant seul a intérêt à la demander, ce qui paraît contraire au principe qu'un demandeur ne peut jamais demander la péremption de sa propre instance. (*Voy.* la *Quest.* 1427 *sexies*.)

Mais cette difficulté nous semble prévenue par la distinction que nous avons posée sous la *Quest.* 661, entre les effets de deux oppositions, dont l'une serait régulière, et l'autre ne le serait pas.

La première, avons-nous dit, anéantit le jugement de défaut; la seconde le laisse subsister.

Or, la justice seule peut décider si l'opposition est régulière ou non.

Pour établir la recevabilité de sa demande en péremption, l'opposant devra donc faire juger la régularité de son opposition. Si elle est trouvée régulière, elle a anéanti le jugement par défaut; donc l'instance en opposition n'était pas une instance nouvelle, c'était la suite ou la reprise de l'instance principale, introduite par celui qui avait obtenu d'abord le jugement; donc l'opposant demande la péremption, non pas de sa propre instance, mais bien de l'instance de son adversaire; il est donc recevable. Si l'opposition est jugée irrégulière, elle n'a porté aucune atteinte au jugement; l'instance sur laquelle il avait été rendu se trouve toujours terminée, l'instance d'opposition est une nouvelle instance, l'opposant est irrecevable à en demander la péremption, parce que c'est la sienne.

Ce n'est donc qu'après avoir jugé de la régularité de l'opposition que les juges pourront statuer sur la péremption.

Or, on sait que, dans tous les jugements qui prononcent sur une opposition, il y a deux chefs distincts, celui d'abord qui reçoit l'opposition, et puis celui qui statue sur la contestation primitive, soit définitivement, soit par un jugement préparatoire ou interlocutoire.

On peut voir, sur la *Quest.* 661, la similitude qui existe entre cette procédure et celle de la requête civile, et les conséquences que nous en avons tirées.

Sans doute si l'opposant, au lieu de demander la péremption, se désistait de son opposition, le jugement par défaut reprendrait son empire, comme l'a jugé la cour de cassation, le 29 août 1827 (Sirey, t. 27, p. 466). Mais c'est qu'alors, l'opposition n'ayant pas été reçue en justice, sa régularité n'ayant pas été jugée, on ne pourrait pas dire qu'elle eût éteint le jugement. Ses effets ne peuvent être appréciés qu'après qu'elle a été judiciairement reconnue valable.]

1423. *Pour qu'il y ait lieu à l'addition du délai de six mois, conformément à la seconde disposition de l'art.* 397, *faut-il que les événements qui amèneraient une reprise d'instance ou une constitution de nouvel avoué soient survenus pendant le premier délai de trois ans?*

En examinant cette question, no 1301 de notre *Analyse*, nous avions cité un arrêt de la cour de cass. du 5 janv. 1808, lequel a décidé que, toutes les fois que la péremption d'instance n'a pas été demandée, elle doit être

censée couverte par tout événement donnant lieu à reprise d'instance, de manière que l'on dût toujours accorder aux héritiers ou ayants cause le délai de six mois, à compter du jour du décès. Ainsi se trouverait résolue, pour la négative, la question que nous venons de poser.

Mais nous n'avions pas dissimulé que Merlin, *Rép.*, v° *Péremption,* § 2, n° 2, en citant lui-même cet arrêt, émet une opinion absolument opposée; opinion que la cour de Trèves a rejetée par arrêt du 17 juin 1812 (Sirey, t. 13, p. 194.)

Nous croyons que cette dernière doctrine est celle qu'il convient d'adopter, attendu, entre autres motifs, qu'en n'accordant l'augmentation du délai qu'autant que l'événement serait arrivé dans les trois années, ce serait implicitement admettre que la péremption s'opère de plein droit, tandis que le contraire résulte clairement de l'art. 399.

Cette décision se rapproche d'ailleurs des principes de l'ancienne jurisprudence, suivant laquelle le décès de l'une des parties, arrivé avant l'expiration des trois années, suspendait la péremption, à laquelle l'instance n'était plus sujette avant d'avoir été reprise. (Cass., 27 germinal an XIII; Sirey, t. 5, p. 363, et Menelet, p. 169.)

Ainsi donc le décès d'une partie ou de l'avoué, arrivé après les trois ans d'interruption, forme un obstacle à la demande, jusqu'à ce qu'il se soit écoulé un délai de six mois.

[L'opinion de Merlin, adoptée par les cours de Caen, le 17 janv. 1828 (Sirey, t. 30, p. 134), et de Brux., le 12 oct. 1826 (J. de B., t. 2 de 1826, p. 429), est approuvée par Favard, t. 4, p. 193, n° 5.

Mais Pigeau, qui avait d'abord embrassé le même avis dans sa *Proc. civ.,* à l'art. 1er du chap. *Péremption,* l'a abandonnée dans son *Comm.*, t. 1, p. 683, les raisons de Carré lui ayant paru concluantes. Ce dernier sentiment, qui nous paraît le seul conforme au véritable esprit de la loi, a été en outre consacré par la cour de Grenoble, le 12 mai 1817, et par celle de Paris, le 28 mai 1838 (Sirey, t. 38, p. 433).

L'opinion de Pigeau et de Carré est encore suivie par Thomine, n° 443, et Reynaud, *Traité de la Péremption,* n° 25. Nous pensons même, avec ces deux auteurs, qui étayent leur système de l'arrêt cité de la cour de cass. et d'un arrêt de la cour de Bordeaux du 17 déc. 1823 (Dalloz, t. 22, p. 246; Sirey, t. 24, p. 136), que le délai de six mois est un nouveau délai, séparé du premier, qui ne commence à courir que du jour de l'événement qui y donne lieu, en sorte qu'il faut attendre encore six mois à compter de ce jour avant de demander la péremption, quoique trois ans et six mois fussent déjà écoulés, au moment de l'événement, depuis la dernière poursuite (1). Cependant la cour de Brux., par un arrêt du 10 août 1836 (J. de B., t. 2 de 1837, p. 90), a rejeté nos deux solutions.]

[**1423** bis. *Pour que l'événement qui donne lieu à reprise d'instance proroge de six mois le délai de la péremption, faut-il qu'il ait été notifié?*

On peut dire, pour l'affirmative, qu'il n'y a réellement lieu à reprise d'instance, du moins pour les événements qui ont besoin d'être notifiés, comme le décès de la partie, que lorsque la notification a eu lieu (art. 344 du Code de proc.); d'où il semble résulter que la notification est également nécessaire pour augmenter le délai. C'est par ce motif que la question a été ainsi décidée par les cours de Caen, le 17 janv. 1828 (Sirey, t. 30, p. 134), et de Dijon, le 26 mai 1830.

Mais l'art. 397 ne dit pas que le délai ne sera augmenté que dans le cas où il y aura eu notification, mais bien dans le cas où il y *aura lieu* à demande en reprise d'instance. Le but du législateur a été de laisser le temps à l'héritier de délibérer et de faire inventaire, et c'est un des cas, bien rares pour la procédure, où il faut s'attacher autant à l'esprit qu'à la lettre de la loi. (*Voy.*, dans ce sens, Reynaud, n° 27.)

Aussi la solution négative a-t-elle été adoptée par les cours de Lyon, le 16 mai 1817, de Poitiers, le 22 janv. 1823, de Metz, le 12 avril 1826, de Bordeaux, le 11 août 1828 (Sirey, t. 29, p. 261), et de Paris, le 28 mai 1838 (Sirey, t. 38, p. 433). Les héritiers de la partie décédée peuvent donc, par une reprise d'instance signifiée dans les six mois du décès, couvrir la péremption, quoiqu'elle ait été demandée avant tout acte et toute notification de leur part. Au reste, le simple changement d'état ne donnant pas lieu à la reprise d'instance, ne peut non plus produire l'augmentation de six mois, comme l'a jugé la cour de Toulouse, le 4 fév. 1825.]

[**1423** ter. *Le décès du défendeur est-il un obstacle à la péremption?*

Si ce décès a été notifié, le cours de l'instance est interrompu jusqu'à ce qu'elle soit légalement reprise, et pendant ce temps, il est clair que la péremption ne peut courir.

Mais si le décès n'a pas été notifié, rien n'empêchait le demandeur de continuer ses actes de poursuites, soit contre la personne même du défendeur, dont il était censé ignorer le décès, soit, s'il le connaissait, contre la personne de son héritier. Ayant négligé de le faire, il ne peut échapper à la péremption qu'il a encourue. (Caen, 18 mai 1838.)]

(1) [* *Contrà*, Bordeaux, 11 mars 1835 (Sirey, t. 36, p. 306); Liége, 25 mai 1841 (J. de B., 1842, 3e cahier, quant à cette dernière solution.)]

1424. ***Résulterait-il de l'arrêt du 8 janvier 1808, que l'on ne pût former une demande en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué, après le délai de trois ans et demi donné par l'art. 397?***

Cette question se décide par la solution qui serait donnée sur celle de savoir si la reprise d'instance ou la constitution de nouvel avoué est sujette à la prescription de trente ans, comme toute autre action. Or, on a pensé qu'il résultait de l'art. 397 que ces deux demandes étaient sujettes à la péremption comme l'action elle-même, et qu'ainsi l'on ne devait plus appliquer les anciens principes qui autorisaient l'une et l'autre pendant trente ans.

Mais nous ferons observer que ces demandes ne pourraient être rejetées qu'autant que la péremption de l'instance eût été demandée après le délai de trois ans et demi, fixé par l'art. 397; qu'ainsi, toutes les fois que cette demande n'a pas été formée, on peut reprendre l'instance ou constituer un nouvel avoué, pendant les trente années que l'art. 2262, C. civ., fixe pour la prescription des actions en général. (*Voy.* les *Questions* de Lepage, p. 228 et 229.)

Nous disons *en général*, parce que la prescription de trente ans est la plus ordinaire; mais lorsque la loi a limité le délai de la prescription à un moindre laps de temps, par exemple, dans le cas de l'art. 1304 du Code civil, relatif aux demandes en nullité et rescision, comme le délai pour reprendre l'instance ne doit pas être plus long que le délai pour introduire l'action, on ne pourrait reprendre l'instance après dix ans. (Cass., 24 vend. an XII; Sirey, t. 12, p. 64.)

[Les dispositions combinées des art. 397 et 399 ne nous paraissent pas laisser le plus léger prétexte au doute sur cette solution pour ce qui en fait l'objet principal, savoir que la reprise d'instance est recevable tout le temps que la péremption n'a pas été demandée, mais qu'elle peut être rendue irrecevable par une demande en péremption intentée après les trois ans et demi depuis la dernière poursuite.

Quant à la partie de la solution qui soumet l'instance à la même prescription que celle qui est réglée pour l'action, on peut voir le développement de notre opinion contraire sous les *Quest.* 1413 et 1286 *quinq.* combinées.]

[**1424 bis.** *Dans le cas où il y a lieu à reprise d'instance, faut-il la reprendre pour être admis à demander la péremption?*

Il a été jugé, par la cour de Paris, le 6 mai 1813 (Dalloz, t. 22, p. 259), par la cour de cass., les 22 janv. 1816 (Dalloz, t. 22, p. 241; Sirey, t. 16, p. 118), et 12 nov. 1832 (Sirey, t. 33, p. 144), que l'assignation en reprise d'instance couvre la péremption; et, par la cour de Nîmes, le 26 avril 1813 (Dalloz, t. 22, p. 276; Sirey, t. 16, p. 122), qu'il en est de de même des conclusions prises à l'audience au nom des successeurs de la partie décédée, et tendantes à la reprise d'instance.

Et comme, aux termes de l'art. 399, l'acte valable couvre la péremption quelle que soit la partie de laquelle il émane, il faut en conclure que l'acte de reprise d'instance de la part de l'héritier de la partie décédée aurait le même effet que l'assignation en reprise de la part de son adversaire.

De cette observation, il suit déjà que celui qui veut demander la péremption, bien loin d'être obligé de commencer par un acte de reprise ou par une assignation en reprise, doit éviter d'agir ainsi, puisque cette démarche le rendrait irrecevable dans sa demande en péremption.

Ainsi les héritiers du défunt peuvent demander la péremption de l'instance dirigée contre leur auteur, lorsqu'il s'est écoulé trois ans et six mois depuis la dernière poursuite, sans reprendre préalablement l'instance.

C'est ce qui a été formellement jugé par les cours de Metz, 24 fév. 1826 (Sirey, t. 28, p. 89), de Dijon, 21 nov. 1826, de Rouen, 20 mai 1826 (Sirey, t. 26, p. 318), de Montpellier, 17 janv. 1831 (Sirey, t. 31, p. 271), et deux fois par la cour de cass., les 3 fév. 1835 (Sirey, t. 35, p. 624), et 19 janv. 1837.

Un seul arrêt de la cour de Bordeaux du 12 mai 1824 (Dalloz, t. 22, p. 249; Sirey, t. 24, p. 176), est en opposition avec cette jurisprudence imposante. Mais cette même cour de Bordeaux a abandonné sa propre jurisprudence, les 7 août 1827 et 22 août 1833 (Sirey, t. 34, p. 173).]

1425. *Le délai supplémentaire accordé par l'art. 397, dans le cas où il y a lieu à demande en reprise d'instance, est-il commun aux deux parties?*

En d'autres termes : ***Le demandeur peut-il invoquer ce délai, lorsque c'était au défendeur à reprendre l'instance?***

Par un arrêt de la cour de cassation, section des requêtes, du 12 juillet 1810 (Sirey, t. 10, 1re, p. 568), il a été décidé que si l'article 397 dispose que, dans le cas où il y aura lieu à reprise d'instance, le délai de trois ans sera augmenté de six mois, il était néanmoins évident que cette prorogation n'a été établie que dans l'intérêt de la partie ayant droit à cette reprise : qu'en conséquence, une partie ne pouvait prétendre que la péremption n'était pas acquise contre elle, sous prétexte que, son adversaire *étant décédé*, le délai aurait été prorogé, aux termes de l'art. 397; et que ce décès ***ne lui ayant pas été notifié***, elle pou-

vait *toujours agir valablement* jusqu'à cette notification. (*V.* art. 344, et l'arrêt de la cour de Paris du 17 avril 1809; Sirey, t. 10, 2°, p. 70.)

Un arrêt semblable a été rendu par la cour de Paris, le 1er juillet 1812. Mais la cour de cassation, section civile, a décidé, le 2 avril 1823 (Sirey, t. 23, 1re, p. 197), que l'article 397 ne limitait la prorogation à aucune des parties, puisqu'il est conçu d'une manière générale et absolue, qui les comprend toutes et la leur rend commune; ce qui est de toute justice, est-il dit encore dans les considérants, puisque, s'il est conforme à la raison et à l'équité d'accorder cette prorogation aux héritiers de la partie décédée, pour leur donner le temps de délibérer, il ne l'est pas moins de l'accorder aux adversaires de cette partie, pour leur laisser le temps de connaître les héritiers et de les appeler en reprise d'instance; qu'enfin, on ne pourrait juger autrement sans introduire dans la loi une distinction et une restriction que sa lettre et son esprit repoussent également (1).

[Cette opinion, que nous adoptons avec Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1re, § 2, 5°, Favard, t. 4, p. 190, Reynaud, n° 29, et Thomine, n° 443, a encore été consacrée par les cours de Bordeaux, le 17 déc. 1823 (Dalloz, t. 22, p. 246; Sirey, t. 24, p. 136), de Limoges, le 9 août 1836 (Sirey, t. 36, p. 500), et de Trèves, le 17 juin 1812 (Dalloz, t. 22, p. 244; Sirey, t. 13, p. 194).]

C'est toujours par suite des mêmes principes qu'il a été décidé:

1° Par la cour de Riom, 17 mai 1810 (Sirey, t. 11, p. 314), que le décès de l'une des parties, arrivé sous l'empire du Code de procédure, n'interrompt la péremption que pour six mois, encore que l'instance ait été introduite avant la publication du Code;

2° Par la cour de Brux., 14 avril 1810 (Sirey, t. 11, p. 349), que, si le décès est arrivé avant cette époque, on ne doit point comprendre, dans le délai fixé par le Code, le temps qui s'est écoulé depuis le décès jusqu'à la publication.

Remarquons au surplus que le concours de deux événements qui donneraient lieu isolément à une augmentation de six mois, aux termes de l'art. 397, n'autorise pas une double prorogation du même délai.

Ainsi lorsque dans une instance il se rencontre tout à la fois décès de la partie et de l'avoué, il ne peut y avoir lieu qu'à une seule prorogation de délai. (Cass., 19 août 1816; Sirey, t. 17, p. 47.)

[Cette dernière difficulté a reçu la même solution de la part des cours de Paris, le 1er juill. 1812, de Bordeaux, le 11 mars 1835 (Sirey, t. 35, p. 306), de Limoges, le 9 août 1836 (Sirey, t. 36, p. 500), et de Brux., les 12 oct. 1826 (J. de B., t. 2 de 1826, p. 429), et 12 janv. 1828 (*ib.*, t. 2 de 1828, p. 282), et c'est la doctrine qu'enseignent Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1re, § 2, 13°, Favard, t. 4, p. 193, n° 5, et Reynaud, n° 30. On sent, en effet, que, s'il en était autrement, et si l'on pouvait invoquer plusieurs événements à peu près contemporains pour obtenir autant de prorogations successives de délai, ce serait souvent rendre la péremption impossible, ou au moins faire traîner le procès en longueur, et donner une prime d'encouragement aux plaideurs qui ont intérêt à temporiser.

« Mais peut-être, a dit notre honorable confrère Billequin, dans le *J. des Av.*, t. 48, » p. 456, cette décision ne doit-elle pas s'étendre au cas où les divers événements ont » eu lieu à des intervalles assez éloignés. En » effet, que dit la loi? Elle veut que le délai » de trois ans, nécessaire pour la péremption, » soit augmenté de six mois *dans tous les cas* » où il y a lieu à reprise d'instance ou à constitution de nouvel avoué. N'est-ce pas dire, » de la manière la plus claire, qu'il faut un » délai de six mois à chaque événement interruptif? »

Nous pensons, au contraire, que l'art. 397 n'a entendu accorder qu'une seule augmentation de délai, c'est-à-dire, porter celui de trois ans à trois ans et six mois; et que les mots *dans tous les cas*, expriment que cette augmentation a lieu quelle que soit la cause qui nécessite la reprise d'instance.]

1426. *La péremption d'une instance qui a pour objet une question d'état pourrait-elle être prononcée?*

[*Peut-elle l'être en général lorsqu'il s'agit de questions qui intéressent l'ordre public?*]

Menelet, dans son *Traité des Péremptions*, p. 53, maintient la négative, parce que, dit-il, la destinée des affaires de cette importance ne doit pas dépendre de la négligence d'un plaideur. En effet, les consentements erronés d'une personne ne nuiraient point à son état; à plus forte raison, une cessation de poursuites ne pourrait-elle lui nuire.

---

(1) On ne trouvera pas que cet arrêt soit en opposition avec celui du 12 juillet 1810 (Dalloz, t. 22, p. 248; Sirey, t. 10, p. 368), si l'on fait attention que celui-ci a été rendu dans une espèce où les adversaires de la partie décédée n'avaient aucun intérêt à la reprise d'instance, puisqu'ils pouvaient valablement continuer les poursuites, d'après l'art. 342, le décès ne leur ayant pas été notifié, tandis que, dans l'espèce de l'arrêt de 1823, l'affaire n'était pas en état.

Cette question ne faisait aucune difficulté en Bretagne, par suite de la nécessité du concours de la péremption et de la prescription; l'action étant de nature à ne pouvoir être prescrite, il était bien certain qu'il ne pouvait pas y avoir de péremption. (*V.* Duparc-Poullain, t. 6, p. 293, n° 115.).

Les actions concernant l'état des personnes sont aujourd'hui imprescriptibles, comme elles l'étaient autrefois, comme elles le seront toujours; mais l'art. 397 du Code de procédure ne fait aucune distinction, par rapport à la nature de l'action qui fait la matière de l'instance... *Toute instance,* dit-il, *se périme par la discontinuation de poursuites pendant trois ans :* il paraît donc que le législateur a compris les instances sur des actions d'état; et nous ne voyons pas que le principe de l'*imprescriptibilité* de ces actions s'y oppose, puisque l'article 401 veut que la péremption n'éteigne pas l'action.

Au surplus, les anciens auteurs n'étaient pas unanimes sur la question que nous examinons. Menelet cite Ausannet comme professant une doctrine contraire, et Duparc, en disant que la péremption n'avait point lieu contre les questions d'état, s'appuie sur les principes de notre jurisprudence bretonne, qui, dit-il, préviennent *toutes les difficultés sur la péremption en matière d'état des personnes.* Il est donc vrai que l'opinion de Menelet n'était pas généralement adoptée, et le Code a levé toute incertitude au moyen des expressions générales qu'il emploie.

[Nous croyons que la solution de Carré ne peut point souffrir de difficulté. Reynaud, n° 3, la reproduit.

Pigeau, *Comm.,* t. 1, p. 679, examine la question de savoir si la déchéance prononcée par l'art. 330 du C. civ. contre les héritiers de celui qui, après avoir intenté une action en réclamation d'état, a laissé passer trois ans sans poursuites, emporte l'extinction de l'action ou seulement celle de l'instance, et il décide, avec raison, selon nous, que l'action est éteinte. Car les termes de l'article précité sont trop formels pour laisser douter que la loi n'ait voulu établir une prescription véritable atteignant le fond du droit, et non une simple péremption.

La cour de Bourges a décidé, le 21 déc. 1813 (Dalloz, t. 22, p. 236), que, la péremption d'une instance, et surtout d'une instance en séparation de corps, étant d'ordre public, on ne peut, par aucun traité, s'interdire le droit de la demander, de même qu'on ne peut renoncer à la prescription à venir. Ajoutons, au surplus, que Pigeau, hors le cas de séparation de corps, ne pense pas que la péremption puisse courir entre époux (*voy.* Pigeau, *Comm.,* t. 1, p. 683, *in fine*), et cela par argument de l'art. 2253, C. civ.; mais cette opinion, personnelle à Pigeau, semble contraire à l'article 397, Code proc., qui, encore une fois, ne distingue pas, et s'applique à toutes les instances.

Mais la demande en péremption est-elle recevable dans les causes dont la solution intéresse l'ordre public, et, par exemple, l'est-elle, en cause d'appel, si l'appel est fondé sur l'incompétence des premiers juges et dirigé contre un jugement qui a prononcé la séparation de corps entre deux époux?

Un arrêt de la cour de Paris du 30 août 1825, s'est prononcé pour l'affirmative, par le seul motif que la péremption, en pareil cas, aurait pour effet de conférer l'autorité de la chose jugée à une sentence qui aurait été incompétemment rendue.

Nous convenons que ce résultat aura lieu, si l'incompétence alléguée est réelle, mais nous ne croyons pas que, pour l'éviter, il faille faire aux art. 397 et suiv. une exception qu'aucun texte de loi ne justifie, et qui nous paraît formellement repoussée par l'esprit général de la législation.

Comment peut-on soutenir qu'il ne faut pas admettre la péremption d'une instance d'appel, si le jugement a été rendu par des juges incompétents, et qu'il n'en est pas de même s'il l'a été injustement, sur de faux motifs, ou enfin s'il est sujet à réformation pour toute autre cause? Le législateur s'est-il occupé en aucune manière du fondement ou de la valeur de la demande ou des griefs, lorsqu'il a introduit la péremption d'instance? Nullement. Il n'a considéré que le besoin de faire cesser les procès, justes ou injustes, et d'infliger une peine au demandeur négligent.

La partie condamnée par les juges incompétents serait-elle à l'abri de la déchéance encourue par elle, en ne relevant pas appel dans les trois mois de la signification? personne n'osera le prétendre. Car, quelle que soit la nature des griefs qu'elle a à faire valoir, il ne lui était pas moins libre d'accepter comme bonne et juste la décision des premiers juges; elle est censée l'avoir fait et avoir renoncé à l'appel, du moment qu'elle a laissé expirer le délai. Eh bien! n'est-elle pas dans une position entièrement semblable, lorsque, après avoir fait appel, elle laisse périmer l'instance? La discontinuation de poursuites pendant trois ans n'est-elle pas regardée comme un acquiescement véritable?

On dirait vainement que, l'incompétence *ratione materiæ* (c'est celle qu'on disait exister dans l'espèce) pouvant être proposée en tout état de cause, peu importe la discontinuation des poursuites; nous répondrions qu'elle importe beaucoup, parce que la demande en péremption fait naître la question de savoir si l'instance, si la cause existe encore; et, dans le cas où il serait décidé qu'elle n'existe plus,

évidemment le principe qu'on invoque n'aurait aucune application.

La circonstance que le jugement dont était appel avait prononcé une séparation de corps n'a point fourni de motifs à la décision de la cour de Paris; mais le défendeur à la péremption y puisait un de ses moyens.

Un tel procès, disait-il, intéresse l'ordre public, le ministère public y est partie; enfin la discontinuation de poursuites pendant trois ans ne pourrait-elle pas être considérée comme le résultat d'un accord frauduleux entre les deux époux, ayant pour but d'en venir à une séparation volontaire?

Le ministère public est partie? Oui, partie jointe, mais non partie principale; dès lors les actes du procès ne lui sont pas communs; demander la péremption contre la partie privée seulement, n'est pas contrevenir au principe de l'indivisibilité. (*Voir* la *Quest.* 1427.)

D'un autre côté, l'accord frauduleux est-il présumable, et possible même, lorsqu'il y a eu déjà jugement et appel? Comment deux époux rechercheraient-ils les moyens de se séparer volontairement, lorsqu'ils ont déjà obtenu une séparation judiciaire? N'avaient-ils pas le moyen si simple de l'exécuter? Cela implique contradiction dans les termes. Un pareil motif n'est pas raisonnable.

Il est bien vrai que, tant que le procès est pendant devant les premiers juges, le conjoint actionné ne serait pas admis à acquiescer à la demande; mais lorsqu'il s'est défendu et qu'il a été condamné, la garantie qu'exige la loi n'est-elle pas acquise? le forcera-t-on à relever appel si cela ne lui convient pas? et s'il l'a fait l'obligera-t-on à le poursuivre? On n'oserait pas aller jusque-là. La décision des premiers juges est présumée être la vérité : l'instance d'appel est une persévérance que la loi voit toujours de mauvais œil; il n'y a, en matière de séparation de corps, aucun motif de penser autrement.]

1427. ***La péremption est-elle de sa nature indivisible, lors même que l'objet du procès est susceptible de division, et quelles seraient les conséquences de cette indivisibilité?***

On doit tenir pour certain, en principe général, que la péremption est toujours indivisible(1). Ainsi, quand plusieurs parties ayant le même intérêt figurent dans une instance, il suffit que la péremption n'ait pas pu courir contre l'une d'elles, pour qu'elle n'ait pu s'acquérir contre les autres. (*V.* Menelet, p. 157.) Et par suite de conséquence, les fins de non-recevoir contre une demande en péremption, acquises à l'un des défendeurs à cette demande, profitent à tous les autres. (Cass., 8 juin 1813; Sirey, t. 13, p. 458) (2).

Les plaidoiries rapportées sur cet arrêt présentent tous les développements que l'on peut désirer pour appuyer ces décisions; mais on n'y résout pas d'une manière positive la question de savoir si, lorsqu'il existe plusieurs défendeurs parmi lesquels un seul demande la péremption, il y a lieu à scinder l'instance, pour la déclarer périmée contre lui seul, ou si la demande emporte extinction de l'instance, à l'égard de ceux qui n'ont pas formé la même demande. Il nous semble évident qu'une fois le principe d'indivisibilité établi, il s'ensuit, comme conséquence nécessaire, que dès qu'un litisconsort s'oppose à la demande en péremption, comme l'instance subsisterait à son égard, elle doit subsister pour tous (3).

[Sur cette question, la jurisprudence est certaine. Quoiqu'une instance puisse être déclarée *prescrite*, à l'égard de certains cohéritiers, et non *prescrite* à l'égard d'autres (cass., 23 nov. 1831; Sirey, t. 32, p. 67 — *voir* cet arrêt expliqué sous la *Quest.* 1413), le principe de l'indivisibilité en matière de *péremption* a été consacré par un si grand nombre d'arrêts, qu'on s'étonne de le voir encore contredit. Il l'est cependant, et même par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 677, 6ᵉ alin. et suiv. Suivant cet estimable auteur, il faut, pour la péremption comme pour la prescription, considérer si *l'objet de l'instance* est ou n'est pas divisible. Si l'objet est indivisible, l'instance l'est aussi; Pigeau en convient dans ce

---

(1) [* Lors même que l'objet du procès est susceptible de division. (Liége. 8 juin 1813; *Rec.*, t. 5, p. 337.)]

(2) Par une autre conséquence des mêmes principes, la cour de Riom a jugé, le 30 janv. 1815 (Sirey, t. 17, p. 352), que la demande en péremption d'une instance d'appel, introduite sous l'ancienne législation, dans la prévision qu'une opposition simultanément formée contre le même jugement ne fût pas recevable, n'était pas admissible elle-même. En effet, la péremption, dans cette espèce, n'eût pas éteint l'instance qui eût continué de subsister devant les premiers juges, au moyen de l'opposition.

Mais il est à remarquer que cette décision n'a rien d'important sous l'empire du Code, qui n'accorde la faculté d'appeler qu'après l'expiration des délais pour l'opposition. (V. *infrà*, art. 443.)

(3) Par suite du même principe, la demande en péremption doit être rejetée, lorsqu'elle n'est pas dirigée contre toutes les branches de la contestation. Elle est sans effet, même à l'égard du chef du litige contre qui elle a été dirigée : peu importe que l'objet du litige soit divisible. (Limoges, 21 fév. 1821; Sirey, t. 21, 2ᵉ part., p. 165.)

[Suivant ce dernier recueil, l'indivisibilité n'aurait été prononcée par la cour qu'à l'égard des parties, et non relativement aux divers chefs de demande, ce qui nous paraîtrait plus juste. (*V.* nos observations au texte.)]

cas; il ne voit pas quel intérêt aurait le défendeur à demander la péremption, puisqu'il devrait toujours l'objet tout entier. Mais si, au contraire, la créance est divisible, comme alors chacune des parties ne peut demander que sa part, l'action se divisant entre elles, il doit en être de même, selon cet auteur, de l'instance qui n'est que l'exercice de cette action. Ainsi on pourra la scinder : elle existera pour l'un et s'éteindra pour l'autre; cela n'a rien de contraire aux principes. C'est d'ailleurs, ajoute Pigeau, ce qui arrive dans plusieurs circonstances.

Pourquoi confondre l'action et ce qui en fait l'objet avec l'instance qui n'en est que l'exercice? On sent très-bien que la divisibilité de la dette est indifférente à la divisibilité de la procédure. Quand il s'agit d'annuler une *instance*, la loi ne s'occupe en aucune façon de la nature de l'action; elle ne considère qu'une chose, la nécessité de mettre un terme au procès; elle ne veut pas qu'on éternise les procédures par des lenteurs calculées, ou même par négligence; et voilà pourquoi elle permet de les éteindre lorsqu'elles sont discontinuées pendant un certain temps. Si tel est en effet le principe de la péremption, il est facile de se convaincre qu'avec la doctrine de Pigeau, le but de la loi serait manqué. En effet, à quoi bon la péremption, si l'instance doit subsister vis-à-vis de l'une des parties? Le mal auquel la loi a voulu porter remède n'en existera pas moins, et ainsi elle n'aura déployé qu'une rigueur inutile. C'est ce qui ne peut pas être, et cependant cette conséquence serait inévitable si l'on n'admettait pas, comme on l'avait déjà fait sous l'ancienne jurisprudence, le principe de l'indivisibilité de l'instance. Le mot *instance* de l'article 397 révèle toute la pensée du législateur.

Telle est aussi l'opinion de Berriat, *h. t.*, au texte, n° 2, de Favard, t. 4, p. 192, n° 4, de Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1, § 2, n° 3, et *Quest. de droit*, t. 4, p. 711.

Les arrêts qui la consacrent sont très-nombreux. On peut voir : cass., 13 juill. 1830 (Sirey, t. 31, p. 54), Riom, 27 mai 1830, Grenoble, 2 mars 1818 (Dalloz, t. 14, p. 406), Liége, 31 juill. 1811 (Rec. de Liége, t. 3, p. 532), Brux., 5 vent. an XII, Bordeaux, 11 août 1828, Liége, 27 déc. 1811 (Rec., t. 4, p. 64), Brux., 25 mai 1813, Limoges, 8 juill. 1823 (Dalloz, t. 22, p. 288; Sirey, t. 21, p. 347), Metz, 26 avril 1820, Poitiers, 15 nov. 1822 (Dalloz, t. 22, p. 288), Lyon, 13 janv. 1825, Toulouse, 4 fév. 1825, Colmar, 18 mars 1837, Bordeaux, 15 nov. 1838, et Montpellier, 27 décembre 1838.

Tous ces arrêts décident que la péremption ne peut être acquise contre l'un des demandeurs, lorsqu'elle a été interrompue à l'égard de l'autre; et la cour d'Amiens a poussé la conséquence de ce principe, jusqu'à décider, le 20 juin 1826 (Sirey, t. 28, p. 95), que, lorsqu'un arrêt passé en force de chose jugée a accueilli la péremption à l'égard de plusieurs parties, si une autre partie le fait rétracter par la voie de la tierce opposition, il est censé rétracté également vis-à-vis de ceux contre lesquels il avait été rendu. Il est vrai que la cour de Besançon a jugé le contraire, par arrêt du 12 juill. 1828, et sur la question ainsi posée nous comprenons qu'il puisse y avoir du doute.

L'intervention elle-même ne peut être périmée qu'avec l'instance dont elle est l'accessoire (Bourges, 30 août 1822; Dalloz, t. 22, p. 253), et l'appel incident qu'avec l'appel principal (Brux., 25 janv. 1813, Dalloz, t. 22, p. 236, et 18 fév. 1824, J. de B., t. 2 de 1824, p. 55).

Toutes les décisions que nous venons de rapporter n'établissent le principe de l'indivisibilité qu'en faveur des demandeurs au principal, défendeurs à la péremption. Doit-on l'admettre aussi en faveur des défendeurs au principal? En d'autres termes, de ce que l'interruption qui a lieu au profit de l'un des demandeurs est utile à tous les autres, faut-il conclure que la demande en péremption dirigée par l'un des défendeurs, contre tous les demandeurs, doive profiter à ses litisconsorts? Dalloz, t. 22, p. 280, n° 5, soutient l'affirmative. Pour être conséquent avec les principes que nous venons de poser, et pour ne pas méconnaître la pensée, déjà indiquée par nous, du législateur, nous pensons, au contraire, qu'une demande ainsi isolée ne peut être utile ni aux cointéressés du demandeur, ni même à celui-ci. L'opinion de Dalloz aurait d'ailleurs pour résultat de faire acquérir la péremption sans qu'elle fût demandée, ce qui est également contraire au principe dominant de notre nouvelle législation. Au surplus, Dalloz, tout en essayant d'appuyer son avis de l'autorité d'un arrêt rendu par la cour de cassation, le 2 mai 1822 (Dalloz, t. 22, p. 289), convient lui-même qu'il repose sur des motifs qui le rendent inapplicable; son avis pourrait plutôt s'étayer d'un arrêt isolé de la cour de Limoges, rapporté au *Spect. des Trib.*, du 5 fév. 1827. A l'appui de notre opinion, nous citerons les arrêts des cours de Caen, 12 mars 1824 (Dalloz, t. 22, p. 276), de Riom, 1er juill. 1825 (Sirey, t. 27, p. 30), de Lyon, 1828, de Brux., 21 nov. 1829 (J. de B., t. 1er de 1829, p. 205), et d'Angers, 29 juin 1831. Thomine, n° 447, embrasse l'opinion de Dalloz, mais en une ligne seulement, et sans aucun développement.

Cette règle d'indivisibilité, tout exacte et générale qu'elle est, veut être appliquée avec discernement. Elle n'aurait pas lieu si les diverses parties qui se prétendent cointéressées n'avaient pas réellement intérêt dans la même contestation, par exemple, si plusieurs appels avaient été interjetés par diverses parties du

même jugement, mais sur des chefs différents: la péremption pourrait être demandée et obtenue d'un seul de ces appels. (Poitiers, 8 juillet 1828.) Il en serait de même lorsque plusieurs instances ayant été jointes, les intérêts de quelques parties sont néanmoins demeurés distincts, ou si, après la jonction, les instances ont été de nouveau disjointes (Nancy, 11 avril 1826; Brux., 16 janv. 1820, et 18 avril 1828; J. de B., t. 1er de 1820, p. 315, et t. 1er de 1828, p. 266); la péremption peut aussi être demandée contre la partie principale séparément du garant, si celui-ci résiste à la garantie, et que l'incident n'ait pas été joint (Grenoble, 6 juill. 1818; Dalloz, t. 22, p. 240); et contre les héritiers qui sont légalement en possession d'une hérédité, quoique quelques-uns d'entre eux aient cédé leurs droits à des tiers; ceux-ci ne doivent pas être appelés s'ils n'ont pas notifié leurs titres. (Toulouse, 26 janv. 1828; *Mém.* de Tajan, t. 17, p. 63.)

On voit que, dans tous ces cas, quoique l'indivisibilité ne soit pas admise, néanmoins le but de la péremption, qui est de mettre un terme aux procès, se trouve atteint, puisqu'elle parvient à anéantir une partie de l'instance, une des contestations qui y donnaient lieu, et c'est ce qui constitue la différence entre ces espèces d'une part, et de l'autre celles que pose Reynaud, n° 101, pour établir que, dans les causes dont l'objet est divisible, l'effet de la péremption peut se diviser entre divers demandeurs ou divers défendeurs.

Cet auteur cite, à l'appui de sa doctrine, un arrêt de la cour de cass. du 9 juill. 1828. Il est vrai que, dans les faits rapportés par les deux arrêtistes, on lit : *Que le demandeur en cassation avait opposé, devant la cour royale, l'indivisibilité de l'instance, et en avait induit qu'il devait profiter du délai de six mois dont le bénéfice était accordé à son cointéressé;* mais on lit dans l'arrêt ce motif textuel : « Que depuis la constitution de leur » avoué, les demandeurs en cassation ne s'é» taient trouvés, ou *n'avaient pas fait con» naître* qu'ils fussent, soit par eux, soit par » leur coappelant, dans aucun des deux cas pré» vus par la deuxième disposition de l'art. 397, » C. proc., relative à l'augmentation de six » mois. Quoique dans la requête du 10 août » 1822, introductive de la demande en péremp» tion, il eût été parlé du sieur Duchancel » comme coappelant avec les sieur et dame » Beaujour du jugement du 11 mars 1809, les » conclusions prises par cette requête, ainsi » que celles prises à l'audience de la cour » d'Amiens, ne portaient que contre la dame » Ve Beaujour et *qu'aucunes observations ni » réclamations n'ont été présentées à l'au» dience de ladite cour, sur ce qui pouvait » être relatif à ce sieur Duchancel dont le do» micile en France paraissait être inconnu.* »

La cour ne dit pas un seul mot du point de droit qui lui était soumis. Elle n'examine que les circonstances : n'est-il pas évident que cet arrêt ne peut être d'aucune autorité lorsque nous invoquons la jurisprudence unanime qui a consacré le principe de l'indivisibilité, et que, pour le cas spécial du bénéfice de l'augmentation du délai, nous ne trouvons aucun auteur qui le refuse à tous les défendeurs? Nous pouvons du reste invoquer deux arrêts, l'un de la cour de Poitiers du 12 mai 1830 (Sirey, t. 30, p. 212), et l'autre du 22 août 1830 de la cour de Bordeaux, qui décident que la faveur du délai de six mois peut être invoquée par toutes les parties.

L'on sent que le principe de l'indivisibilité ne s'applique qu'aux actes antérieurs à la demande en péremption, et qu'il ne dépendrait pas de l'une des parties qui l'ont intentée de priver les autres d'un droit acquis, par un désistement postérieur à cette demande. La cour de Grenoble l'a ainsi jugé, le 14 fév. 1822 (Dalloz, t. 22, p. 290). C'est qu'alors l'intérêt des parties commence à dominer celui de la justice, qui jusque-là avait été le seul principe de la péremption, et que dès lors le fait d'autrui ne peut nuire à cet intérêt.

Il serait également trop rigoureux d'exiger que la péremption d'appel fût demandée contre une partie qui a figuré avec les autres dans l'acte d'appel, mais qui ne se trouve point aux qualités du jugement de première instance. La cour de Besançon, 29 déc. 1827, l'a décidé comme nous.]

[**1427** bis. ***La demande en péremption peut-elle tomber en péremption?***

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 679, enseigne la négative : cette solution est motivée sur ce qu'on ne peut demander isolément la péremption d'une demande incidente ; mais cette raison n'est pas à l'abri de toute critique. En général, on regarde plutôt une instance en péremption comme une espèce de demande principale que comme un incident, et on la distingue toujours du premier procès sur lequel elle est entée, parce que, quoique ayant avec celui-ci des rapports intimes, elle a néanmoins par elle-même une existence propre; ces rapports ne tendent qu'à faire éteindre le procès primitif. Il suit de là que l'art. 397 doit lui être appliqué, car cet article ne distingue pas; il dit positivement que toute instance sera éteinte par la discontinuation des poursuites pendant trois ans. Ces expressions sont bien générales. Que si l'on consulte l'esprit de cette disposition, on se sent d'autant plus porté à combattre le sentiment de Pigeau : en effet, le législateur a voulu mettre fin au procès et empêcher que les procédures ne traînassent en longueur; mais évidemment, ce motif s'applique aussi bien aux instances en péremption qu'à toutes les autres;

elles ne sont point privilégiées ; la péremption est une présomption légale : le législateur suppose que celui qui est resté trois ans sans suivre sa demande reconnaît son mauvais droit, et c'est pour cela qu'il est condamné aux dépens. Mais pourquoi n'en serait-il pas de même à l'égard de celui qui laisse languir sa demande en péremption? Encore une fois, il y a même raison.

Il faut donc décider l'affirmative, malgré un arrêt de la cour d'Aix du 22 août 1836 (Sirey, t. 36, p. 537), et le motif spécieux qu'il donne pour la solution contraire. Si la péremption qui a pour but de mettre fin au procès, dit cet arrêt, était admise contre une première demande en péremption, elle ferait *revivre* l'instance; elle serait donc complétement détournée de son objet.

On peut répondre que l'instance originaire ne revivra pas, puisqu'elle n'a pas encore été éteinte, et que la seconde demande en péremption, si elle est accueillie, mettra bien à fin un procès, savoir, celui qui existait sur la première demande en péremption.

Notre opinion a été consacrée par les cours de Brux., le 16 janv. 1820 (J. de B., t. 1er de 1820 p. 315), de Montpellier, le 30 décembre 1829, de Nîmes, le 29 mars 1824, de Toulouse, le 13 juin 1832 (Sirey, t. 32, p. 625), et enfin par la cour de cass., le 19 déc. 1837 (Sirey, t. 38, p. 179).

En formant la demande en péremption, le demandeur principal aura le soin de faire un acte de poursuite de sa première instance, pour qu'une troisième demande en péremption de la part de son adversaire ne vienne pas rendre la seconde inutile.]

[1427 ter. *La péremption d'une instance en licitation peut-elle être demandée contre le poursuivant par un des copropriétaires qui veut intenter à son tour une demande en partage?*

Suivant Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 686, dont nous partageons l'opinion, il faut décider que cette demande en péremption est admissible, quoiqu'au premier aspect elle semble ne devoir pas produire l'effet attendu, qui est d'anéantir l'instance. Mais en réalité elle le produit, et la nouvelle demande en partage n'est pas plus la continuation de la première qu'elle ne le serait si, après avoir vu prononcer la péremption de son instance, le demandeur lui-même en recommençait une autre, ce qu'il a certainement le droit de faire tant que son action n'est pas prescrite; au reste, en cas de négligence du poursuivant, le copropriétaire a intérêt à obtenir la poursuite, ce qui justifierait suffisamment sa demande en péremption, si toutefois une simple subrogation à ces mêmes poursuites n'était pas la voie la plus simple pour y parvenir, la plus conforme à l'esprit d'économie et de célérité manifesté par l'article 967, C. proc.]

[1427 quater. *Devant quel tribunal doit être portée la demande en péremption?*

Il résulte évidemment de la marche tracée pour cette instance, qu'elle ne peut être suivie que devant le tribunal saisi de la contestation principale. Cette vérité, reconnue par la cour de Brux., le 15 juin 1822 (J. de B., t. 2 de 1822, p. 174), a servi de base à la cour de Lyon pour décider, le 2 mars 1830, que c'est devant la cour royale que doit être portée la demande en péremption d'une instance pendante devant elle, et non devant le tribunal chargé par cette cour de procéder à une enquête que les parties n'ont point poursuivie; et à la cour de cassation, le 18 avril 1827 (Sirey, t. 27, p. 249), pour déclarer qu'après la réorganisation des tribunaux, ceux de district étant devenus tribunaux de première instance, c'est devant la cour d'appel compétente qu'a dû être portée la demande en péremption d'une instance d'appel introduite devant un tribunal de district.]

[1427 quinquies. *Si l'objet de l'instance dont la péremption est demandée est susceptible du dernier ressort, le jugement sur la péremption ne peut-il être attaqué par la voie de l'appel?*

Il est aussi en dernier ressort, suivant ce qu'a jugé la cour de cassation, le 26 fév. 1823 (Sirey, t. 24, p. 65; Dalloz, t. 8, p. 277), par un arrêt qu'approuvent Merlin, *Rép.*, vo *Péremption*, sect. 1, § 2, no 3, Favard, t. 4, p. 197, no 14, et Reynaud, no 99. Mais, le 18 mars 1837, la cour de Colmar a jugé le contraire, en se fondant sur ce que, d'après la jurisprudence de la cour de cassation elle-même, la demande en péremption est une demande principale, séparée de la demande originaire, et qui, à tous ces titres, ne doit pas subir le sort de celle-ci.

En admettant même cette conséquence, qui est peut-être exagérée, on ne peut pas en induire forcément qu'une demande en péremption soit d'une valeur indéterminée, parce qu'en réalité elle a toujours pour objet de faire rejeter la demande principale, et, si cette demande est elle-même d'une valeur déterminée, inférieure à 1,500 francs, on doit alors décider que la demande en péremption n'est pas susceptible d'appel.]

[1427 sexies. *Le demandeur peut-il demander la péremption de sa propre instance?*

Non : c'est la voie du désistement qui lui est ouverte; il faut donc qu'il se conforme aux dispositions des art. 402 et 403, C. proc. civ. Cette solution résulte d'un arrêt de la cour de Nîmes du 29 mars 1824; elle est embrassée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 687. « C'est là,

» disait Carré, dans une note manuscrite trouvée dans ses papiers, un principe certain, reconnu de tout temps, sous l'empire de toutes » les législations, par tous les auteurs qui ont » écrit sur la matière : la péremption ne peut » jamais être invoquée par le demandeur. Il » n'est pas d'ailleurs une seule disposition de » notre Code de procédure qui ne le suppose, » et notamment celle de l'article 401, portant » qu'en cas de péremption, le *demandeur principal* est condamné à tous les frais de la » procédure périmée. »]

QUESTIONS TRANSITOIRES SUR L'ART. 397.

1428. *La demande en péremption d'une instance, introduite avant la publication du Code de procédure civile, doit-elle être instruite et jugée suivant les dispositions de ce Code ou les règles de l'ancienne jurisprudence?*

C'est un principe désormais certain, par l'application fréquente qu'en ont faite les cours souveraines, que la demande en péremption d'instance *est une nouvelle procédure à la suite d'une précédente, et tout à fait indépendante de la cause principale* [qu'elle tend à faire anéantir, parce qu'elle a une tout autre origine, un tout autre point de départ]. (*V.* arrêts de cassation des 5 janvier 1808, 12 juill. 1810, 15 juill. 1818; Sirey, t. 8, p. 119, t. 10, p. 368, et t. 19, p. 25.)

La conséquence immédiate de ce principe, que la demande en péremption est nécessairement *nouvelle* et *principale,* c'est qu'elle doit être régie par la législation sous l'empire de laquelle elle est formée, et aujourd'hui, par conséquent, d'après les dispositions du Code de procédure, comme cela résulte de l'art. 1041 de ce Code. (Rennes, 16 juin 1818; Dalloz, t. 22, p. 272.)

Ainsi, la péremption doit être déclarée acquise, dans l'espèce de notre question, nonobstant la jurisprudence des provinces où, comme en Bretagne, la péremption n'était admise que lorsqu'elle concourait avec la prescription, et où la distribution des causes prorogeait de trente ans le délai de l'une et de l'autre.

Vainement le défendeur à la péremption essayerait-il de tirer avantage de cette jurisprudence pour soutenir que l'on ne peut appliquer les dispositions du Code, attendu qu'il établit, sur ce point, un droit nouveau.

La réponse à cette objection, qui se reproduit souvent, se trouve établie sans réplique dans le principe ci-dessus énoncé, que la demande en péremption est *principale,* et qu'étant formée sous l'empire du Code, elle ne peut être jugée que d'après ses dispositions, sans avoir égard aux usages formellement abrogés, nous le répétons, par l'art. 1041.

Ajoutons qu'en décidant ainsi, on ne porte pas plus atteinte à un droit acquis sous l'ancienne législation, que n'en a porté l'art. 2281 du Code civil, aux termes duquel le laps de trente ans fait acquérir les prescriptions pour lesquelles les lois antérieures exigeaient un laps de temps plus considérable. (V. *infrà* sur l'art. 309.)

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 681, nous paraît être le seul auteur qui enseigne une doctrine contraire, et qui veuille appliquer la disposition de l'article 2281 à la péremption, doctrine qui a été adoptée par la cour de Trèves, le 17 juin 1812 (Dalloz, t. 22, p. 244; Sirey, t. 13, p. 194). Mais Merlin. *Rép.*, v° *Péremption,* sect. 1, § 2, n° 8, démontre, dans une savante dissertation, que cet article n'est pas applicable, et qu'on doit suivre les règles du Code de procédure, pour la péremption d'une instance commencée avant sa promulgation. Cette opinion, que Dalloz, t. 22, p. 229, n° 3, et Reynaud, n° 165, approuvent, est aujourd'hui hors de toute contestation, à raison des nombreux arrêts qui l'ont consacrée.

On peut citer ceux des cours de cassation, 8 déc. 1819, 25 nov. 1823, Montpellier, 30 déc. 1828 et 19 juin 1829, Limoges, 2 avril 1827, cass., 6 juill. 1835 (Sirey, t. 35, p. 497), et Poitiers, 13 mai 1836.

Et par conséquent la péremption du Code est applicable à une instance ancienne, engagée dans le ressort d'un parlement où la péremption n'était pas admise (Brux., 25 mai 1813 et 19 août 1814, Dalloz, t. 22, p. 285), et Colmar, 5 mars 1811, Dalloz, t. 22, p. 232, Sirey, t. 14, p. 349); comme aussi c'est la péremption de trois ans qui a eu lieu contre l'instance dans laquelle est intervenu, sous l'ancienne législation, un jugement interlocutoire qui aurait eu, selon la jurisprudence d'alors, l'effet de la proroger pendant trente ans. (Lyon, 10 janv. 1823, et cass., 21 nov. 1826, Sirey, t. 27, p. 24.)]

1429. *Mais ne pourrait-on pas opposer la péremption par exception, si, l'action ayant été introduite avant la publication du Code, la prescription s'était accomplie avant cette publication?*

Oui, sans doute, parce qu'en ce cas il y a un droit acquis sous l'empire de la législation antérieure, droit auquel les lois postérieures ne peuvent porter atteinte. Aussi, la solution de la question précédente n'est-elle donnée que

pour le cas où le temps requis pour la péremption s'étant écoulé avant la publication du Code, on prétendrait qu'il suffirait que la prescription se fût accomplie sous son empire, pour qu'il fût permis de l'opposer, malgré les actes valables qui auraient été faits.

[Cette solution est adoptée par Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1, § 2, n° 8, où cet auteur de cassation du 25 nov. 1815 (Dalloz, t. 22, cite un arrêt de la cour t. 231; Sirey, t. 14, p. 87), qui l'a consacrée. Il en est un autre, conforme, de la cour de Montpellier du 11 nov. 1811. Mais voyez notre opinion sur la question de prescription, *Question* 1415.]

1430. *Mais pourrait-on, pour compléter le laps de temps exigé pour la péremption, ajouter, à celui qui se serait écoulé avant la publication du Code, le temps passé depuis sans poursuites?*

La cour de cassation a décidé, le 2 avril 1823, que cela ne pouvait avoir lieu qu'autant que le temps antérieur au Code aurait eu un cours utile pour la péremption, d'après les anciens principes; qu'autrement, la péremption ne pouvait être acquise que par le laps de trois ans, écoulé sans poursuites, depuis la promulgation du Code de procédure. (Sirey, t. 23, p. 197.)

[La même décision a été rendue par la cour de Turin, le 22 août 1809 (Dalloz, t. 22, p. 241), par celle de Brux., le 14 avril 1810, par celle de Grenoble, le 3 mars 1817, et encore par la cour de cassation, le 18 fév. 1828 (Sirey, t. 29, p. 127). C'est aussi le sentiment de Reynaud, n° 163, et nous ne pouvons que l'approuver.]

1431. *Résulte-t-il de ce que la péremption est régie par le Code de procédure, quoique l'instance ait été introduite avant sa publication, que les anciennes saisies réelles y soient sujettes, dans les lieux où elles ne tombaient point en péremption?*

Suivant l'art. 91 de l'ordonnance de 1629, qui rappelle la disposition de l'art. 15 de celle de Roussillon, toutes instances et criées se périmaient par la discontinuation de poursuites pendant trois ans, nonobstant l'établissement de commissaires.

Il en était autrement dans le ressort de Paris, suivant un arrêté du 28 mars 1782; les saisies ne tombaient point en péremption, lorsqu'il y avait eu établissement de commissaires et baux faits en conséquence. (*V.* Menelet, p. 61.)

Il en eût été de même en Bretagne, si l'on s'arrêtait à ce qu'exprime Duparc dans ses *Principes*, t. 6, p. 294, n° 118. Mais cet auteur, dans son *Précis des actes de notoriété*, p. 168, confesse que la certification des bannies ne durait que trois ans, s'il n'y avait pas eu de baux judiciaires, et convenait que *la péremption avait lieu en saisie réelle, lorsqu'elle concourait avec la prescription.*

C'était aussi la seule modification que le parlement eût apportée à l'enregistrement de l'ordonnance de 1629; ce qui résultait d'un acte de notoriété du 25 mars 1693, rapporté par Devolant, p. 192, avec la remarque de l'annotateur, qu'il fallait le concours de la prescription.

Ainsi, nous serions porté à croire qu'il n'est pas exact de soutenir qu'en Bretagne les saisies réelles ne tombaient point en péremption lorsqu'il y avait établissement de commissaires et baux faits en conséquence, quoique le contraire ait été jugé par arrêt de la cour de Rennes du 10 mars 1818.

Si notre opinion est fondée, il en résulte que, s'il s'est écoulé, depuis le Code de procédure, trois ans sans poursuites sur une ancienne instance de saisie réelle, la péremption, d'après les principes exposés au précédent numéro, peut s'acquérir en Bretagne, puisque la prescription n'est plus à considérer depuis la publication de ce Code. De même aussi elle peut s'acquérir dans les ressorts où elle n'était pas admise, puisque la loi nouvelle a changé la jurisprudence, et que le laps de temps qu'elle a fixé s'est écoulé sous son empire, ce qui écarte le reproche de rétroactivité.

Il est vrai que, d'après le décret du 11 janvier 1811, relatif aux saisies faites avant la loi du 11 brumaire an VII, on pourrait regarder comme surabondante la discussion dans laquelle nous venons d'entrer, attendu que ce décret porte :

Art. 1er. Que, dans les six mois qui suivront sa publication, les poursuivants seront tenus de les mettre à fin, et de faire procéder à l'adjudication des biens saisis devant les tribunaux de la situation desdits biens;

Art. 7. Qu'à défaut par les poursuivants d'avoir fait procéder dans ce délai à l'adjudication définitive, l'administration des domaines y fera procéder dans les six mois suivants.

Mais il ne suit pas de ces dispositions que, si les poursuivants ou l'administration des domaines ne s'y sont pas conformés, l'instance de saisie doive être périmée de droit.

D'ailleurs, comme l'a jugé la cour de Rennes, par l'arrêt du 10 mars précité, ce décret de 1811 *n'a eu pour objet que de donner aux saisissants les moyens de reprendre et de terminer leurs poursuites, en mettant fin à cette partie de la gestion des domaines, sans préjudicier aux droits respectifs des parties intéressées.*

Il peut donc arriver que la question que nous venons d'examiner se présente encore à l'examen des tribunaux.

[La solution que donne Carré est une conséquence nécessaire des précédentes.]

ART. 398. La péremption courra contre l'État, les établissements publics, et toutes personnes, même mineures, sauf leur recours contre les administrateurs et tuteurs.

Ordonn., tit. XXVII, art. 5. — Code civil, art. 2278. — [Locré, t. 9, p. 244.]

CCCXXVI. Autrefois la péremption ne courait point contre toutes personnes indistinctement. On exceptait, par exemple, les causes de l'État, par la raison que ses biens étaient inaliénables; mais le Code civil ayant, dans l'art. 2227, établi que l'on pouvait *prescrire* contre l'État, on a considéré qu'il convenait, pour être conséquent, de décider ainsi, relativement à la péremption. Au reste, comme les établissements publics et toutes personnes morales sont, comme ceux qui ne peuvent agir en justice, pourvues d'administrateurs, les dispositions de l'article qui précède n'ont rien d'injuste, puisqu'elles ont, contre ces administrateurs, dont la négligence aurait occasionné la péremption, un recours en indemnité du préjudice qu'elles auraient souffert.

1432. *La péremption d'instance peut-elle courir contre les militaires en activité de service?*

La loi du 6 brumaire an v, art. 2, déclare qu'aucune péremption d'instance ne peut être opposée aux militaires et employés aux armées, qu'après la publication de la paix générale. Mais cette paix a été proclamée par le traité d'Amiens, disent les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 407, et le Code de procédure, loin de répéter cette disposition, porte que la péremption court contre toutes personnes, même contre les mineurs, contre l'État, contre les établissements publics; d'où ces auteurs concluent que les militaires ne peuvent être exceptés.

Cette opinion a été constamment rejetée par la cour de cassation, qui a continué, jusqu'aux traités de 1814, de faire l'application de la loi de brum. an v; et nous estimons qu'encore bien qu'il n'intervînt pas de loi nouvelle, cette application aurait lieu en faveur de tout militaire ou employé qui, durant le cours d'un procès, eût fait partie d'une armée belligérante.

[La loi du 6 brum. an v n'a été abrogée que par celle du 21 déc. 1814, qui déterminait un délai fixe après lequel le bénéfice n'en pouvait plus être réclamé. C'est donc jusqu'à l'expiration de ce délai que la première de ces deux lois a dû être appliquée. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 679, Merlin, *Rép.*, v° *Erempt.*, sect. 1, § 2, n° 4, Dalloz, t. 22, p. 257, n° 7, Thomine, n° 444, et Reynaud, n° 167, sont du même avis. Thomine, n° 446, pense néanmoins, avec Carré, que, dans le cas d'une nouvelle guerre, la maxime d'équité, *contra non valentem agere non currit præscriptio*, devrait être encore appliquée en faveur de ceux qui feraient partie de l'armée belligérante.

C'est avec regret que nous repoussons une solution aussi généreuse que celle-ci; mais l'art. 398 est trop général pour qu'il nous paraisse permis de créer une exception. Il appartient au législateur seul de protéger les intérêts des braves qui défendent leur patrie. Le 22 déc. 1824, la cour de Grenoble s'est vue forcée de se retrancher dans le texte de la loi, en décidant qu'un militaire, qui avait fait la guerre d'Espagne en 1823, ne pouvait se prévaloir de la loi du 6 brum. an v (Sirey, t. 26, p. 42).]

1433. *La péremption court-elle contre le mineur qui ne serait pas pourvu de tuteur?*

Non, répond Pigeau, t. 1, p. 511, n° 441, parce que l'art. 398 ne soumet le mineur à la péremption que sous la condition d'un recours contre le tuteur; on ne peut diviser les deux parties de la disposition de cet article.

Ce qui doit déterminer à adopter cette opinion, c'est qu'elle est conforme à ce qui se pratiquait autrefois. (*V.* Lange, p. 494, le *Nouv. Rép.*, *ib.* sect. 1, § 2, n°4, 3°, et surtout Menelet, p. 98.)

[Cette opinion, dans laquelle persiste Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 683, et qu'adoptent Favard, t. 4, p. 196, n° 10, et Thomine, n° 444, est combattue par Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1, § 2, n° 3. Ce qui le détermine, c'est que la loi ne fait aucune distinction. L'article 398 est absolu. Qu'importe ce qui se pratiquait autrefois? Il n'y avait pas alors de loi qui assimilât les mineurs aux majeurs. Quant à la péremption, on ne peut pas soutenir que l'art. 398 fait du recours du mineur contre son tuteur une condition *sine quâ non*, car, s'il en était ainsi, il faudrait aller jusqu'à dire que la péremption ne court pas contre le mineur lorsque son tuteur est insolvable; c'est ce que prétendait Pothier; mais qui oserait aujourd'hui aller jusque-là?... Dalloz, t. 22, p. 236, n° 5, en adoptant l'opinion de Merlin, ajoute, pour l'appuyer, cette considération, que la péremption n'aura pas des effets bien funestes pour le mineur, puisque, la prescription ne courant point contre lui (art. 2252, C. civ.), il n'aura jamais à redouter l'extinction de l'action, sauf les cas prévus par l'article 2278.

Mais Reynaud, n° 90, a raison de répondre à cette objection que l'article 2278 parle de prescriptions applicables à des objets dont l'importance est déjà assez considérable, pour qu'il soit utile au mineur d'en être à l'abri.

Que l'art. 398 contienne une disposition ab-

solue à l'égard des mineurs, c'est ce qu'on peut aisément contester, puisque, en accordant aux mineurs un recours contre leurs tuteurs, la loi semble supposer qu'ils en sont pourvus, et n'avoir en vue, par conséquent, que les cas qui rentrent dans cette supposition.

Si l'on admet l'exception en faveur des mineurs non pourvus d'un tuteur, faudra-t-il, par une conséquence nécessaire, l'étendre encore à ceux dont le tuteur négligent est insolvable? Non, parce que, ainsi que l'art. 942, C. civ.. nous l'apprend, ce n'est pas à l'utilité du recours que la loi subordonne la déchéance, mais à l'existence ou à l'absence d'un mandataire légal qui ait pu agir, et qui rende inapplicable le principe *contra non valentem*, etc.

Enfin, pour faire complétement ressortir la pensée du législateur, il suffit de rappeler que le délai d'appel ne court point contre le mineur dépourvu soit de tuteur, soit même de subrogé-tuteur, ainsi que l'a jugé, par application de l'art. 444, C. proc., la cour de Grenoble, le 28 août 1829 (Sirey, t. 30, p. 99. — Voy. *Quest.* 1590.)

La cour de Brux. a d'ailleurs adopté *in terminis*, le 1er fév. 1819 (J. de B., t. 1 de 1819, p. 260), la solution que nous venons d'émettre et de soutenir.

Merlin oppose aux motifs de cet arrêt que la règle *contra non valentem* n'est pas aussi générale qu'on semble le supposer, puisque l'art. 2258 du C. civ. fait courir la prescription contre une succession vacante non pourvue d'un curateur. Mais il nous semble que cette exception confirme la règle, puisqu'il n'a pas fallu moins qu'un texte positif de la loi pour l'introduire.

Nous pensons que notre doctrine est applicable au cas où le tuteur d'un interdit serait décédé, ou bien au cas où un aliéné serait renfermé dans un établissement public, sans qu'il lui eût été nommé un administrateur.

Au reste, il est évident que la nomination d'un conseil judiciaire ne peut interrompre la péremption. (Rouen, 29 mai 1826.)]

[**1433** bis. *Court-elle contre une succession vacante non pourvue de curateur ?*

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 684, 3e alin., se prononce pour l'affirmative, par argument de l'art. 2258, C. civ., qui le décide ainsi pour la prescription. Il y a, en effet, même raison dans un cas que dans l'autre. C'est aussi l'avis de Merlin, *Rép.*, vo *Péremption*, sect. 1, § 2, no 3, *in fine*.]

[**1433** ter. *Court-elle contre l'héritier bénéficiaire demandeur, à l'égard des demandes qu'il a dirigées contre son auteur, et qui frappent une succession?*

L'art. 2258, C. civ., décide la négative pour la prescription; mais il faut remarquer que, lorsque cet article a été rédigé, la loi ne donnait à l'héritier bénéficiaire aucun moyen d'agir; c'était donc le cas d'appliquer la maxime *contra non valentem*, etc... Aujourd'hui, il en est autrement, l'art. 996, C. proc., permet à l'héritier bénéficiaire d'agir, ou contre les héritiers, lorsqu'il y en a, ou contre un curateur. Il n'y a donc plus d'impossibilité. Néanmoins Pigeau, *Proc. civ.*, t. 1, p. 312, no 441, et *Comm.*, t. 1, p. 684, 2e alin., décide que la péremption ne doit pas courir contre l'héritier bénéficiaire, parce que le législateur n'a pas voulu le mettre dans la nécessité d'agir contre la succession, et d'en consommer ainsi une partie en frais.

Reynaud, no 95, propose une distinction qui a été faite par Chabot (de l'Allier), t. 3, p. 9. Si l'héritier bénéficiaire est seul, dit-il, la péremption sera interrompue, parce que, possédant pour lui-même, il ne peut être astreint à aucune diligence; mais, s'il est en concours avec d'autres héritiers bénéficiaires, qui n'étaient point ses litisconsorts, il devra reprendre l'instance contre eux. Mais cette distinction est virtuellement repoussée par un arrêt de la cour du Brux. du 16 juin 1824 (J. de B., t. 2 de 1824, p. 128), qui a décidé que le créancier du défunt ne peut, en vertu de l'art. 1166, C. civ., demander contre les héritiers bénéficiaires la péremption d'une instance antérieurement pendante entre eux et le défunt. Nous pensons donc qu'il faut se décider par le principe de l'art. 996.]

[**1433** quater. *Si une femme qui a entamé une instance vient à se marier, la péremption, commencée avant, court-elle après son mariage ?*

Lange soutenait la négative, parce que, disait-il, dès qu'une fille est mariée, elle n'est plus capable d'ester en jugement sans l'autorisation de son mari; c'est pourquoi il faut faire appeler ce dernier, pour reprendre l'instance avec elle.

Tel n'est pas l'avis des auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 409, *in fine*, et 410, alin. 1 et 2, attendu que l'art. 398, C. proc., fait courir la péremption contre *toutes personnes*, et même contre les mineurs. D'ailleurs, le changement d'état des parties n'empêche pas la continuation des poursuites (art. 345, C. proc. civ.). Cette opinion, que nous partageons, est aussi celle de Reynaud, no 93. Mais si le mari était intervenu dans l'instance, comme administrateur ou maître de la dot, il est incontestable que la péremption ne pourrait plus être demandée que contre les époux conjointement.]

[**1433** quinquies. *La péremption peut-elle courir contre les communes avant qu'elles aient été autorisées à plaider?*

Les communes ne sont point privilégiées. Il

n'est aucune matière dans laquelle elles soient traitées plus favorablement que l'État, les établissements publics et les mineurs; elles ne peuvent donc pas prétendre à une exception que l'art. 398 refuse même à ceux que nous venons de désigner. Aussi n'y a-t-il jamais eu de difficulté sérieuse à cet égard.

La cour de cassation a toujours jugé, notamment le 10 janv. 1810 (Dalloz, t. 5, p. 21, et t. 14, p. 272; Sirey, t. 10, p. 1122), que les communes sont, comme toutes personnes, sujettes à la péremption, et les cours de Paris, le 17 janv. 1809 (Dalloz, t. 22, p. 239; Sirey, t. 9, p. 267), et de Nîmes, le 31 août 1812 (Sirey, t. 14, p. 346; Dalloz, t. 22, p. 240), n'ont pas hésité à prononcer la péremption contre des communes qui n'avaient pas été autorisées à plaider. Merlin, *Rép.*, vº *Péremption*, section 1, § 2, nº 3, approuve ces décisions. Néanmoins, la cour de Toulouse a jugé directement le contraire, le 26 fév. 1829, dans une affaire intéressant une fabrique. Il nous semble que le défaut d'autorisation, s'il empêche la commune d'obtenir jugement, ne l'empêche pas d'entretenir l'instance, et que dès lors c'est à bon droit qu'on la punit de sa négligence. Reynaud, nº 92, est de cet avis.

Mais le demandeur en péremption serait-il obligé, pour faire statuer sur sa demande, d'obtenir, pour la commune, l'autorisation d'y défendre? La commune défenderesse, qui voudrait intenter cette demande, devrait-elle elle-même obtenir une autorisation spéciale? Ces questions seront examinées sur l'art. 1032.]

Art. 399. La péremption n'aura pas lieu de droit; elle se couvrira par les actes valables, faits par l'une ou l'autre des parties avant la demande en péremption.

[Devilleneuve, vº *Péremption*, nºs 12 à 18, 63 à 92) (1).]

CCCXXVII. D'après cet article, la péremption doit être demandée (2), et le juge ne peut la suppléer d'office. C'est une différence à remarquer, entre la péremption acquise dans la justice de paix (*voy.* art. 15), et celle qui s'acquiert dans les autres juridictions. C'est encore une différence entre elle et la prescription qui a lieu de plein droit, et qui, conséquemment, est opposée par exception. Il n'y avait pas, avant la publication du Code, de jurisprudence fixe sur cette matière; en Bretagne, par exemple, la péremption, comme nous l'avons dit, avait lieu de plein droit, par son concours avec la prescription, et nulle part il n'existait de règles précises sur les moyens de l'interrompre, et sur l'effet d'un acte nul. C'est principalement par l'article qui précède que le nouveau Code a dissipé toute incertitude à cet égard.

[Il a été jugé, par la cour de Caen, le 11 janvier 1825 (Sirey, t. 26, p. 26), par la cour de cass., les 12 brum. an XI, 5 avril 1825, 11 janvier 1826 (Sirey, t. 27, p. 82), et 30 mars 1830 (Sirey, t. 30, p. 258), que, sous l'ancienne jurisprudence comme sous la nouvelle, la péremption ne s'acquérait pas de plein droit. Il est certain néanmoins que cette règle n'était pas générale.

Sous le Code il n'y a plus de doute; il faut pour que la péremption soit acquise, qu'elle soit demandée, et la partie assignée en reprise d'instance ne peut pas la faire résulter de la discontinuation des poursuites pendant plus de trois ans avant cette reprise. Telle est la décision des cours de Paris, 6 mai 1813 et 12 janv. 1830 (Dalloz, t. 22, p. 259; Sirey, t. 30, p. 81), et de cass., 22 janv. 1816 (Dalloz, t. 22, p. 241; Sirey, t. 16, p. 118). Enfin le tiers détenteur d'un immeuble saisi ne peut se prévaloir de la disposition de l'art. 2176, C. civ., pour prétendre que la discontinuation des poursuites pendant trois ans en opère de plein droit à son égard la péremption; elle n'a pour effet que de le libérer des fruits. (Toulouse, 7 avril 1829.)]

1434. *Dans le cas où la péremption a été acquise de plein droit, sous l'empire des anciennes lois, peut-elle, sous le Code actuel, être opposée par exception?*

L'art. 17 de l'ordonn. de 1563 établissait le

---

(1) JURISPRUDENCE.

[1º Les juges peuvent déclarer interrompue une péremption par l'effet d'un acte qui n'est pas représenté, mais dont ils connaissent l'existence, lorsque la suppression frauduleuse de cette pièce n'a pu avoir lieu que par le fait du demandeur en péremption, et, dans ce cas, ils ont le droit de rejeter l'inscription de faux dirigée contre cet acte par la partie au profit de laquelle la soustraction a eu lieu (cass., 16 juin 1829; Sirey, t. 29, p. 268);

2º L'instance ne se périme pas moins contre l'étranger appelant condamné à fournir la caution *judicatum solvi*, quoique le condamné ne poursuive point les effets de cette condamnation. (Paris, 6 déc. 1826.)]

(2) *Doit être demandée.* Mais elle est irrévocablement acquise au moment même de la demande, si le délai prescrit par la loi s'est écoulé entre cette demande et le dernier acte de procédure. A Genève, elle a lieu de plein droit. « Nous n'exigeons point, disent » les auteurs de cette loi, un nouveau procès entraînant instruction et plaidoirie, susceptible d'opposition et d'appel, pour obtenir que le premier soit déclaré éteint. — La disposition du Code français » (art. 399), qui en impose la nécessité, a paru ôter » tout le bienfait de la péremption. Elle n'est qu'une » transaction du législateur avec les praticiens. — » L'abandon d'un procès est acheté au prix de l'autre. » Nous ne saurions contester la justesse de cette critique.

principe posé par l'art. 399, que la péremption n'avait pas lieu de plein droit, et, en conséquence, la cour de cassation a plusieurs fois décidé, comme nous venons de le faire au numéro précédent, que la péremption devait être demandée. (*Voy.* un autre arrêt du 26 oct. 1812; Sirey, t. 13, p. 132.)

Mais, dans plusieurs ressorts, la jurisprudence était contraire, et, d'un autre côté, la cour de cassation a plusieurs fois décidé que, dans ceux où la prescription de l'action était la suite de la péremption de l'instance, celle-ci s'acquérait de plein droit. (*Voy.* arrêts de cassation, 11 et 12 therm. an XIII; Sirey, t. 13, p. 132.)

Supposons donc que, dans ces ressorts, le demandeur au principal fasse aujourd'hui un acte utile de procédure; le défendeur pourra-t-il, nonobstant l'art. 399, opposer par exception la péremption acquise avant la publication du Code?

Cette question a été jugée pour l'affirmative par un arrêt de la cour de cass. du 25 nov. 1813 (Sirey, t. 14, p. 88), attendu que la partie qui opposerait la péremption acquise longtemps avant la publication du Code, n'avait pas renoncé au droit qui lui était acquis antérieurement à la législation nouvelle, et dans un temps où le sens de l'art. 15 de l'ordonnance de Roussillon était fixé dans chaque parlement par sa jurisprudence.

Il en serait de même en Bretagne, d'après l'acte de notoriété rapporté par Duparc-Poullain, t. 3 de son Journal, p. 764, et par lequel il est déclaré constant que *tout est anéanti* par le concours de la péremption et de la prescription; qu'on n'a jamais connu les actions à fin de faire *déclarer l'instance périmée*, et qu'on se contente d'*opposer la péremption*, lorsqu'on est appelé en reprise d'instance (1).

Donc on peut aujourd'hui, nonobstant la disposition contraire de l'art. 399, opposer par exception une péremption acquise sous l'empire d'une jurisprudence qui autorisait à en former la demande par cette voie, et, par conséquent, ainsi que la cour de cassation l'a décidé par l'arrêt précité, les actes que ferait la partie contre laquelle la péremption pourrait être opposée, ne sauraient faire un obstacle à l'exception de l'autre; en d'autres termes, cette exception ne pourrait être couverte que par la partie intéressée à l'opposer.

[Cette question a été déjà traitée sous le n° 1429. (*Voir* à ce numéro nos observations.)]

1435. *Dans le cas ci-dessus, les juges pourraient-ils suppléer l'exception, si le défendeur au principal négligeait de s'en prévaloir?*

Sous l'empire de la jurisprudence ancienne, jamais la péremption n'a pu se suppléer par le juge, comme elle ne peut jamais être suppléée sous le Code; il fallait qu'elle eût été proposée par la partie, et les procédures revivaient dès qu'elle procédait volontairement sans alléguer la péremption. (Duparc-Poullain, *Principes de droit*, t. 6, p. 288.) D'où suit évidemment qu'en aucun cas les juges ne peuvent la suppléer d'office (2).

[Cette solution ne peut être contestée. (*Voy.* le n° CCCXXVII.)]

1436. *Peut-on considérer comme acte valable dont l'effet, aux termes de l'art. 399, serait de couvrir la péremption, un acte quelconque qui pourrait à la vérité se rattacher à l'instance, mais qui ne serait pas fait dans cette instance?*

Il faut convenir que ces termes, *actes valables*, employés dans l'art. 399, sont extrêmement vagues; aussi leur signification a-t-elle été l'objet d'une foule de controverses, et en est-on venu jusqu'à décider que des actes frustratoires couvraient la péremption. (*Voy.* la question suivante.) Mais aucun auteur n'a supposé que des actes étrangers à l'instance pussent opérer cet effet; loin de là, Berriat, v° *Péremption*, dit qu'on ne peut entendre par *acte valable*, qu'un acte qui n'est pas susceptible d'être annulé, et qu'ainsi tous ceux dont la loi ne prononce pas la nullité, ou qui ne sont point *étrangers à la nature de la procédure*, doivent couvrir la péremption.

Lange et Rodier disent la même chose sur le titre XXVII de l'ordonn., en parlant des *actes étrangers à la cause*.

Mais des actes *étrangers à la nature de la procédure*, suivant Berriat, ou *à la cause*,

---

(1) Mais il faut pour cela que la prescription ait été accomplie sous l'empire de l'ancienne jurisprudence. Si, par exemple, trois ans s'étaient écoulés avant la publication du Code, mais que la prescription du fond du droit ne se fût accomplie que sous l'empire de ce Code, le défendeur à l'action ne serait pas recevable à prétendre que la demande en reprise ne l'empêche pas de proposer la péremption, puisqu'elle n'eût pas été acquise sous le régime de l'ancienne jurisprudence, qui ne la réputait telle que par le concours des deux laps de temps exigés, l'un pour la péremption, l'autre pour la prescription.

(2) Au contraire, si la partie contre laquelle la péremption est mal à propos opposée par exception, néglige de la repousser par la fin de non-recevoir résultant de ce qu'elle ne peut être demandée que par action, le juge pourrait d'office rejeter l'exception, parce que l'acte en reprise d'instance qui a précédé, et dont la régularité n'est pas contestée, s'oppose suffisamment à l'admission de la péremption. C'est ce qui résulte de l'arrêt de la cour de cassation du 26 octobre 1812 (Dalloz, t. 22, p. 274; Sirey, t. 13, p. 132), déjà cité.

[Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1, § 2, 10°, et Reynaud, n° 82, partagent, avec raison, cet avis.]

suivant ces deux anciens commentateurs, sont évidemment des actes étrangers à l'instance, qui pourraient devenir l'objet d'une demande en péremption.

En effet, la péremption est l'extinction de l'instance par discontinuation de poursuites, mais elle doit être demandée. Les actes qui peuvent couvrir, c'est-à-dire empêcher cette demande, doivent donc être de même nature que ceux qui auraient empêché la péremption de s'acquérir, et par conséquent ils doivent avoir le caractère d'actes de poursuites, ou, en d'autres termes, d'actes tendant à l'instruction et au jugement de la cause. Tous actes faits hors de l'instance, à d'autres fins que le jugement à intervenir, et pour tout autre objet, ne sont d'aucune considération dans cette instance.

Peu importe que ces actes étrangers aient quelque trait plus ou moins direct à la chose en litige; dès qu'ils n'ont aucun rapport à l'instruction qu'elle comporte, ils ne sauraient couvrir la péremption, puisqu'ils n'opèrent pas une continuation de poursuites, et laissent au contraire l'instance dans l'état de discontinuation qui donne lieu à la péremption.

Il résulte de ces observations que les actes dont parle l'art. 399 ne peuvent être que des actes de procédure faits dans l'instance sujette à péremption, et devant le tribunal qui en est saisi (1).

[Cette doctrine, embrassée par Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1, § 2, 4°, et Reynaud, n° 70, a été encore adoptée par plusieurs arrêts qui en ont fait l'application à diverses espèces; ainsi, d'après la cour d'Amiens, 28 juin 1826, l'on ne peut considérer comme ayant interrompu la péremption, des poursuites faites devant un tribunal autre que celui devant lequel la péremption est demandée. La cour de Lyon a décidé, le 12 déc. 1827 (Sirey, t. 28, p. 71), que la déclaration, faite par le saisi sur un procès-verbal de saisie-exécution qu'il y a appel du jugement qu'on exécute, n'interrompt pas la péremption de la procédure commencée devant la cour. A plus forte raison, la péremption d'une instance n'est pas interrompue par un acte de procédure se référant à cette instance, mais signifié dans une autre. (Brux., 26 avril 1831 ; J. de B., 1831, p. 121.) De même l'appelant n'interrompt point la péremption de l'instance d'appel en signifiant à l'avoué qui a occupé en première instance pour l'intimé, les qualités du jugement dont est appel (Montpellier, 28 juin 1832; Sirey, t. 32, p. 635); et la demande en validité d'opposition dans laquelle est rappelée une demande principale introduite pour avoir payement de la même créance ne peut interrompre la péremption de l'instance principale. (Paris, 7 janv. 1827.)

Cependant une procédure en faux intentée devant un autre tribunal, mais contre les actes représentés dans l'instance dont on poursuit la péremption, a pour effet de la suspendre, quoique ce soit une instance différente, parce qu'il y a nécessairement interruption forcée de la procédure originaire, toutes les fois qu'un incident en faux est soulevé. (Cass., 29 mai 1832.)]

1437. *Qu'entend-on par ces mots*, ACTES VALABLES?

On entend les actes ordonnés ou permis par la loi, et que l'une des parties a signifiés à l'autre (*voy.* l'arrêt du 5 janv. 1808, cité sur la *Quest.* 1423) (2); mais il est des actes ordonnés ou permis, qui peuvent être nuls par défaut de forme: ces actes ne couvrent point la péremption, dit Pigeau, t. 1, p. 512, n° 442.

Cette opinion nous paraît d'autant mieux fondée qu'elle se trouve en harmonie avec la disposition de l'art. 2247, C. civ. D'ailleurs, peut-on dire que des actes nuls soient des actes valables?

[On verra, sur la *Quest.* 1440, que Carré met à la nécessité de la signification une restriction relative aux actes qui ne sont pas de nature à être signifiés: elle nous paraît fondée en raison. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 686, Dalloz,

---

(1) C'est par suite de ces principes que la cour de Turin, par arrêt du 5 avril 1811 (Sirey, t. 14, p. 347), a jugé que la péremption d'une instance d'appel n'est pas interrompue par des actes qui lui sont étrangers, et notamment par un commandement à fin d'exécution d'un jugement attaqué, quoique ce commandement eût été suivi d'opposition.

La cour de Rennes, par arrêt, déjà cité, du 16 juin 1818 (Dalloz, t. 22, p. 272), a jugé, par le même motif, que l'on ne pouvait opposer comme actes valables, ayant l'effet d'interrompre la péremption, une pétition présentée à l'administration, et une citation donnée en justice de paix, en exécution du jugement attaqué.

(2) Mais, d'après les observations qui seront bientôt faites sur l'*enrôlement* de la cause, *Quest.* 1440, nous ne voudrions admettre la condition de la signification qu'autant que l'acte par lequel on prétendrait avoir couvert la péremption serait de nature à être signifié, ou que la loi en prescrivît la signification.

Ce n'est qu'au moyen de cette restriction que l'on peut suivre la décision d'un arrêt de Paris du 22 juin 1813 (Sirey, t. 14, p. 346), portant qu'un jugement par défaut non signifié n'interrompt pas la péremption. En effet, un jugement par défaut ne pouvant produire aucun effet, s'il n'est signifié, doit être, par rapport au défaillant, considéré comme non avenu, s'il ne l'est pas. Mais, en adoptant cette décision, nous croyons qu'il ne faut pas en conclure, comme les considérants semblent le supposer, qu'il faille, *dans tous les cas*, pour qu'un acte ait l'effet de couvrir la péremption, qu'il ait été connu de la partie adverse par la voie de la notification.

[*Voy.*, sous notre *Quest.* 1421 *bis*, des observations sur cet arrêt.]

t. 22, p. 257, n° 7, Thomine, n° 446, et Reynaud, n° 51, y adhèrent formellement, et un arrêt de Brux., du 17 mai 1827 (J. de B., t. 1er de 1827, p. 263), l'a consacré, en décidant que la péremption était valablement interrompue par une requête en nomination d'office d'un avoué, quoique ni cette requête ni la nomination n'eussent été signifiées.

Au reste, la cour de cassation, par arrêt du 9 août 1837 (Sirey, t. 37, p. 1011), a défini les *actes valables* pour interrompre la péremption, *les actes de poursuites qui émanent d'une partie en cause, qui interviennent dans son intérêt et qui ont pour objet la continuation de l'instance :* en conséquence, elle a refusé ce caractère à l'ordonnance taxative des vacations des experts rendue sur leur requête, à l'exécutoire délivré en conséquence, et à la signification de ces actes à la requête des experts.

Voici, du reste, l'analyse des nombreuses décisions intervenues, dans diverses espèces, sur cette question.

§ Ier. La péremption d'instance est interrompue :

1° Par un jugement, même non signifié (Metz, 12 avril 1826);

2° Par une communication de titres requise et reçue par la partie qui forme ensuite la demande en péremption (Rennes, 13 avril 1813; Dalloz, t. 22, p. 268; Brux., 23 déc. 1835; J. de B., t. 2 de 1836, p. 49; — *voir* l'opinion conforme de Reynaud, n° 74);

3° Par la signification d'un acte de révocation et constitution de nouvel avoué (Toulouse, 24 avril 1816; Dalloz, t. 22, p. 267; Sirey, t. 23, p. 202; Reynaud, n° 52);

4° Par les opérations des experts (Besançon, 12 janv. 1816; Reynaud, n° 64);

5° Par le retrait d'une cause du rôle consenti par toutes les parties, sauf à la faire rétablir sur à venir (Brux., 29 mai 1833; J. de B., 1833, p. 390);

6° Par l'appel de la cause à son tour de rôle, son inscription sur la feuille d'audience qui est restée constamment affichée, et son renvoi après la rentrée prononcé par le président (Toulouse, 19 déc. 1827; Sirey, t. 27, p. 42; Grenoble, 24 janv. 1822; Bordeaux, 12 juin 1827; Sirey, t. 27, p. 338; Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 686), à moins qu'il n'y ait rien eu dans cet appel du fait de la partie ou de son avoué (Brux., 12 janv. 1828; J. de B., t. 2 de 1828, p. 283);

7° Par l'acte de sommation d'audience donné pour voir retirer la cause du rôle comme transigée (Nîmes, 9 juin 1829);

8° Par la demande de suspension de l'instance, après le décès du mandataire de l'une des parties, par l'avoué de cette partie, sur le motif que cet avoué voulait se procurer de nouveaux pouvoirs;

9° Par une requête présentée au président pour obtenir la déclaration d'urgence de l'affaire (Limoges, *Spect. des Trib.*, 5 fév. 1827);

10° Par la consignation d'amende, de la part de l'appelant (Riom, 7 juin 1824; Dalloz, t. 22, p. 269; Sirey, t. 25, p. 312; Caen, 7 déc. 1826); c'est à tort que la cour de Bordeaux a jugé le contraire, le 5 juin 1834 (Sirey, t. 34, p. 437). N'est-ce pas un acte qui constate l'intention d'obtenir jugement? Cependant Reynaud, n° 67, embrasse la dernière opinon.

§ II. La péremption n'est pas interrompue :

1° Par la déclaration que fait au greffe le tiers saisi, lorsqu'elle n'a pas été signifiée au saisissant (Besançon, 12 août 1817; Dalloz, t. 22, p. 240). Il n'est point partie, et, par cette raison, la demande en péremption ne doit pas être dirigée contre lui. (Reynaud, n° 98.) Il est un cas dans lequel cette décision ne peut pas recevoir application, c'est celui où le saisissant conteste la déclaration du tiers saisi; alors ce dernier est véritablement partie dans la cause, tellement qu'il peut demander son renvoi devant le tribunal de son domicile (art. 570, C. proc., *in fine;—voy.* notre *Quest.* 1437 *bis*);

2° Par la possession naturelle et civile d'immeubles litigieux, malgré le bénéfice d'une sentence dont il y a appel (Angers, 8 décembre 1819);

3° Par un arrêt de défaut, obtenu sans préalable citation en reprise d'instance contre une partie dont l'avoué avait cessé ses fonctions (Aix, 1er mars 1826);

4° Par des bulletins de remise de cause envoyés par le greffier aux avoués (Paris, 25 août 1832, et 20 fév. 1836; Sirey, t. 36, p. 152);

5° Par une simple requête à l'effet d'être admis à pouvoir plaider sans frais, présentée à la cour ou au tribunal où l'instance est pendante et non signifiée à la partie adverse. (Bruxelles, 14 juin 1828; J. de B., t. 2 de 1828, p. 220.) Mais nous n'approuvons pas cette décision, car une telle démarche est bien indicative de l'intention de poursuivre;

6° Par la signification, au nom du cessionnaire, de l'acte de cession des droits litigieux (Brux., 21 juin 1826; J. de B., t. 2 de 1826, p. 95), qui donne bien à ce cessionnaire le droit de poursuivre la péremption, puisqu'il est subrogé à tous ceux du cédant (même arrêt), mais qui, loin d'interrompre le cours de cette péremption, n'aurait pas même l'effet de donner lieu à la prorogation de six mois (Caen, 21 mars 1825), comme la dénonciation, par acte d'avoué, du décès de l'une des parties (Grenoble, 14 mars 1822; Dalloz, t. 22, p. 267);

7° Par une nouvelle citation aux mêmes fins, non libellée en reprise d'instance, surtout si on voit figurer dans cet acte de procédure une partie étrangère à la première instance. (Aix, 25 avril 1825. — *Contrà*, Bruxelles, 21 novembre 1829; J. de B., t. 1er de 1830, p. 205.)

Nous pensons que la décision de cette question dépend des circonstances qui peuvent plus ou moins faire connaître l'intention qui a provoqué la nouvelle assignation, soit pour introduire une autre instance, soit pour activer la première.]

[1437 bis. *La dénonciation de la saisie au tiers saisi, interrompt-elle la péremption vis-à-vis du débiteur principal?*

Voici les motifs par lesquels un tribunal a décidé la négative: « Il est de principe que toute » instance est éteinte par une discontinuation » de poursuites pendant trois ans; attendu » qu'il est également de principe que la pé- » remption n'a pas lieu de plein droit, et qu'elle » peut se couvrir par des actes valables, faits » par l'une ou l'autre des parties avant la de- » mande en péremption; attendu qu'il est hors » de doute que par ces mots *actes valables* » faits par l'une ou l'autre des parties, le légis- » lateur a évidemment entendu que ces actes » devaient être faits et signifiés par l'une des » parties à l'autre; — attendu que la dénon- » ciation de la demande en validité de la saisie » pratiquée par le sieur Bellot, au préjudice de » Bonnet, faite par ledit sieur Bellot à Silvain » Duvagnon, par un acte en date du 21 juillet » 1824, n'ayant pas été signifiée audit Bonnet, » il en résulte que cet acte a été de lui ignoré, » qu'il ne l'a nullement connu; et que dès » lors il n'a pu couvrir et interrompre la pres- » cription; que cette décision est conforme à » l'opinion de Pigeau, et à la jurisprudence de » plusieurs cours royales; — attendu d'ailleurs » que le principe ci-dessus doit d'autant plus » prévaloir ici, que la demande en validité de » saisie est différente de celle de dénonciation » de ladite saisie, puisque les deux demandes » peuvent être instruites et jugées séparément; » — attendu qu'il est constant, en fait, que » depuis l'exploit introductif d'instance, qui » est en date du 14 juillet 1824, jusqu'au 16 » août 1827, époque de la demande en péremp- » tion, il s'est écoulé plus de trois ans sans » poursuites de la part de l'une ou de l'autre » des parties, d'où il suit que la procédure » dont s'agit est périmée, et que la demande » formée par Bonnet doit être accueillie; — par » ces motifs, etc. »

Quoiqu'il ne soit peut-être pas exact de dire que cette décision est conforme à la jurisprudence des cours royales, car nous ne connaissons aucun arrêt qui tranche la difficulté, nous n'en croyons pas moins conforme à l'esprit de la loi la solution qu'on vient de lire.]

1438. *Des actes de procédure qui ne seraient pas frappés de nullité, mais qui ne seraient pas permis par la loi, comme les dupliques en matière ordinaire, les écritures en matière sommaire, couvriraient-ils la péremption?*

De tels actes ne sont réprouvés par la loi que relativement à la taxe; elle ne les annule point, et, par cela seul, elle en maintient *la validité*. Au reste, comme le remarque Pigeau, t. 1, p. 515, n° 442, la partie adverse peut tirer avantage de ce qu'ils contiennent; ces actes, étant ainsi valables en eux-mêmes, ont donc l'effet d'interrompre et de couvrir la péremption. (*Voy.* Berriat, *h. t.*, note 12.)

Mais, selon plusieurs auteurs, des actes qui seraient absolument étrangers à la cause, ou qui ne seraient que des répétitions d'un même acte déjà signifié, ne sembleraient pas devoir produire le même effet, parce qu'ils ne peuvent être d'aucune considération dans la cause, à la différence de ceux dont nous venons de parler. (*V.* Lange, p. 500, Rodier, sur le titre XIV de l'ord., *in fine,* et le *Traité* de Menelet, p. 141.)

[La restriction contenue au dernier alinéa est contraire à ce qu'enseignent Merlin, *Rép.*, v° *Péremption,* sect. 1, § 2, 4°, Pigeau, *Proc. civ.*, art. 3, 1°, du chap. de la *Péremption,* Thomine, n° 446, Boitard, sur l'art. 399, et Reynaud, n° 54. Quoiqu'un acte soit inutile, et lors même qu'il ne serait que la répétition d'un acte précédent, sa signification exclut toujours l'idée de laisser la procédure impoursuivie. (Toulouse, 5 mars 1835.

1439. *La péremption serait-elle couverte par des actes de procédure faits devant un juge incompétent?*

Par arrêt du 20 brum. an XIII, la cour de cass., section des requêtes, a résolu d'une manière affirmative cette question, qui pouvait être susceptible de controverse avant la publication du Code civil, dont l'art. 2246 dispose que la citation donnée, même devant un juge incompétent, interrompt la prescription.

Cette question s'est présentée dans une espèce où le demandeur en péremption avait poursuivi la même demande devant deux tribunaux différents. (Sirey, t. 5, p. 365.)

Mais la solution n'est exacte qu'en ce sens que, si l'instance était pendante devant un juge incompétent, l'incompétence ne serait pas une raison pour que l'on déclarât l'instance périmée, sans considération des actes qui seraient de nature à la couvrir. Ainsi le tribunal la jugerait couverte par ces actes faits devant lui, sauf ensuite à prononcer sur l'exception d'incompétence. (*V.* nos questions sur l'article 469.)

Nous remarquerons, en outre, que nous avons vainement cherché quelle était l'espèce dans laquelle cet arrêt a été rendu : tous les arrêtistes qui le rapportent se sont bornés à énoncer que la demande avait été portée à deux tribunaux

différents par le demandeur en péremption. Mais, quoi qu'il en soit, nous ne pensons pas que cet arrêt puisse détruire ce que nous avons dit ci-dessus, à la note de la *Quest.* 1435, p. 274, note 2, non-seulement parce qu'il est difficile de concevoir qu'un demandeur en péremption, qui est nécessairement défendeur au principal, ait pu porter des demandes en deux tribunaux, mais surtout parce que la décision a été rendue avant la publication du Code de procédure, qui, d'après les termes de l'art. 399, ne permet pas de douter que cet article ne concerne que des actes faits dans *l'instance* et devant le tribunal qui en est saisi.

[La solution contenue sous ce numéro est approuvée par Merlin, *Rép.*, vº *Péremption*, § 5, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 686, Dalloz, t. 22, p. 256, nº 4, et Reynaud, nº 99, et consacrée par arrêt de la cour de Bordeaux, du 22 août 1833 (Sirey, t. 34, p. 173). Le 12 nov. 1832, la cour de cass. a encore jugé que l'assignation en reprise d'une instance pendante devant un tribunal supprimé couvre la péremption, lors même qu'elle serait donnée devant un tribunal incompétent; et, le 30 juin 1825 (Sirey, t. 26, p. 402), la même cour avait été encore plus loin, en décidant que la demande en péremption produit ses effets lors même qu'elle est adressée à un juge incompétent à raison de la situation des immeubles. Il s'agissait encore, dans cette espèce, d'un tribunal supprimé et d'une erreur sur la vraie délimitation de celui qui l'avait remplacé. Ces décisions sont une suite nécessaire du principe posé dans l'art. 2246, Code civil.]

1440. *L'inscription de la cause au rôle couvrirait-elle la péremption?*

L'importance de ce point de procédure, décidé pour la négative par arrêt de la cour de Toulouse du 5 février 1810 (Dalloz, t. 22, p. 266), et pour l'affirmative par celle de Rennes, nous engage à entrer ici dans tous les développements que son examen comporte.

Il est à remarquer, avant tout, que, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, Menelet, p. 135 et 136, affirme que *tous les auteurs de Paris tenaient qu'une cause mise au rôle ne se périmait plus.* Il les cite ensuite, et n'admet la péremption que dans le seul cas où, la cause au rôle n'étant pas appelée, et le rôle venant à changer, on ne l'y ferait pas remettre. « C'est ajoute-t-il, une diligence du fait du procureur; mais, s'il néglige cette ressource trois ans de suite, comment le dispensera-t-on de la péremption?

L'art. 91 de l'ord. de 1629, en admettant la suspension du cours de la péremption, à l'égard des causes mises au rôle, la limitait à la durée du rôle et ne la faisait commencer que dans le cas où la partie ne portait pas les qualités au président pour faire rétablir la cause.

Menelet rapporte un arrêt de 1629, qui décide de la sorte; et tel était aussi l'usage du parlement de Bretagne, comme l'atteste Hévin dans ses remarques sur la péremption, à la fin du premier volume des arrêts de Frain, p. 30.

A la vérité, ces autorités et plusieurs autres que cite Menelet ne suffisent point pour décider notre question sous l'empire du Code de procédure; mais elles peuvent du moins concourir à déterminer son interprétation dans le sens qu'elles indiquent: *Priores leges ad posteriores trahuntur.*

Revenant aux dispositions du Code, il n'est pas douteux que la question ne peut se rattacher qu'à l'art. 399, ainsi conçu:

« La péremption n'aura pas lieu de droit; elle se couvrira *par des actes valables* faits par l'une ou l'autre des parties avant la demande en péremption. » Or, qu'est-ce que la loi entend ici par *actes valables? L'enrôlement* doit-il être réputé un acte de cette nature? C'est la double question que nous devons examiner, pour en venir à la solution de celle que nous discutons.

Nous avons dit *suprà*, nº 1437, et d'après un arrêt du 5 janv. 1808, que les actes valables sont tous ceux que la loi ordonne ou permet, et que l'une des parties à *signifiés* à l'autre. Tel est aussi le sentiment de Pigeau, t. 1, p. 312, nº 442. Mais, comme cet auteur et tous les autres qui ont été d'avis que l'acte eût été signifié, nous n'avons appuyé cette condition d'aucune décision judiciaire.

On peut donc, dans le silence de la loi, à laquelle il est constant, en matière de procédure, qu'on ne peut rien suppléer, détacher de ce qui constitue un acte valable, cette condition de signification, qui évidemment ne concourt à la validité d'un acte qu'autant que la loi exige, pour sa régularité, qu'il soit signifié, ou que, par sa nature, il soit nécessairement sujet à signification.

« Exiger cette signification, ce serait ajouter à la loi, lui substituer une autorité doctrinale, mettre la volonté de l'homme à la place de celle du législateur; ce serait enfin admettre une extension vraiment intolérable, surtout en matière de péremption, qui, pour la défaveur, peut être assimilée aux dispositions pénales, qui doivent être restreintes plutôt qu'étendues. »

Ainsi l'on pourra considérer comme acte *valable* tout acte qui a un effet utile à l'une ou l'autre partie, indépendamment de la signification, qui n'est pas prescrite, ou qu'il ne comporte pas.

En d'autres termes, on peut concevoir des actes *valables,* quoique non signifiés, et ces actes sont tous ceux qui sont prescrits ou au-

torisés, mais qui ne sont pas susceptibles de signification, ou pour la validité desquels la loi ne l'exige pas.

Parmi ces actes se place évidemment la mise au rôle, formalité impérieusement exigée, rigoureusement nécessaire, *diligence du procureur*, dit Rodier; *acte*, en un mot, qui, plus que tout autre, annonce l'intention de faire juger, puisque, sans lui, le jugement ne pourrait être rendu.

C'est un *acte*, car l'art. 399 ne fait aucune distinction, et, par conséquent, emploie le terme dans sa signification la plus générale, qui exprime tout fait quelconque, toute manière d'agir qui a ou qui peut avoir lieu par écrit ou sans écrit. (Voy. *Rép.*, v° *Acte*.) Aussi ne pourrait-on définir l'enrôlement de la cause autrement que l'ACTE *tendant à* POURSUIVRE *l'audience dans l'ordre établi par le rôle*.

« L'enrôlement est donc sans contredit une » poursuite, dans le sens de l'art. 397, et il » constitue un acte *valable*, dans le sens de » l'art. 399, puisqu'il est le seul moyen légalement établi pour obtenir audience et jugement.

» Il n'est pas de sa nature d'être *signifié* : » ni la loi ni le tarif n'autorisent sa signification; et il n'en est pas moins un acte *valable*, puisqu'il est indispensablement nécessaire.

» On ne peut pas dire aussi que l'enrôlement » de la cause, tel qu'il se pratique, n'est point » un acte de procédure; car qu'est-ce qu'un » *acte de procédure* dans sa véritable acception? C'est un acte attributif d'un droit à » l'avoué ou d'un droit au greffier, ou de droits » à l'un ou l'autre. Or, tel est l'acte d'enrôlement: ce n'est pas une simple quittance du » greffier, puisque la quittance est précédée de » l'enrôlement, certifiée par lui, avec émargement du numéro du rôle général et du » numéro du rôle particulier de la chambre à » laquelle la cause a été distribuée; cet acte » atteste une double opération, *enrôlement* » et *distribution*.

» Au reste, il est de la dernière évidence » qu'une cause ne peut être *enrôlée* et distribuée que sur les qualités fournies par l'avoué poursuivant : l'acte d'enrôlement est » donc tout à la fois une *poursuite* de l'avoué » et un acte du greffe, dont la signature du » greffier est la garantie légale (1). »

A ces moyens de droit une foule de considérations de la plus haute importance viennent se réunir, pour démontrer de plus en plus qu'il n'a pu entrer dans la pensée du législateur d'exclure la mise au rôle du nombre des actes valables, par lesquels se couvre la péremption.

Supposons, en effet, que le défendeur principal n'ait pas constitué d'avoué en cette circonstance, l'avoué du défendeur ne peut *qu'attendre* que le tour de rôle arrive; s'il pressait et sollicitait pour faire appeler la cause, ce ne pourrait être que par un acte à partie, et, d'ailleurs, il n'est pas à supposer qu'il doive provoquer une faveur qui serait une violation manifeste de la loi, puisqu'elle veut que toutes les causes viennent à leur tour de numéro, à moins de motifs d'urgence qui font exception à la règle générale. (*V.* la loi du 26 août 1790, art. 28.)

Il y a plus : on ne voit pas qu'il soit légalement possible de faire, depuis la mise au rôle, un acte qui puisse couvrir la péremption, à moins qu'on ne suppose, ce qui serait évidemment déraisonnable, que la loi ait entendu obliger un avoué à créer des sortes d'actes insignifiants et frustratoires, pour se mettre à l'abri de la péremption.

Admettrait-on ce que Rodier, sur l'art. 25, tit. XIV de l'ord., condamne expressément, la possibilité de faire des significations d'actes déjà signifiés, ou de nouvelles demandes en communication, ce qui peut-être serait plus tolérable? du moins est-il difficile de croire que la loi ait entendu obliger un avoué à ces procédures surabondantes qui, loin d'avoir réellement le but qu'elles supposent, en ont évidemment un tout opposé, puisqu'elles ne sont faites que par la crainte de la péremption.

Si, au contraire, il est enfin reconnu, comme l'a décidé la cour de Rennes, qu'avant l'expiration du tour de rôle la péremption n'est point à redouter, par la raison que c'est une prescription qui ne peut courir contre celui qui ne peut agir valablement, il n'y aurait plus d'excuse pour ces actes illusoires, qui ne servent qu'à grossir les frais de procédure.

Mais l'abus et l'injustice sont plus grands encore, quand il n'y a pas d'avoué en cause, puisqu'en supposant que l'enrôlement ne dût pas couvrir la péremption, il faudrait faire signifier dispendieusement, à personne ou à domicile, ces actes, qui n'auraient aucune utilité réelle pour l'instruction, et que le juge ne pourrait passer en taxe.

On oppose qu'il en doit être de la mise au rôle, par rapport à la péremption, comme de l'inscription hypothécaire, qui n'interrompt pas la prescription.

Mais nous ne voyons entre ces deux actes

(1) La discussion dans laquelle nous entrons se composant d'une consultation par nous rédigée sur la question, et des motifs de l'arrêt de la cour de Rennes du 2 mars 1818 (Dalloz, t. 22, p. 273), nous avons indiqué par guillemets tout ce qui est extrait de cet arrêt.

aucun rapport auquel puisse résulter une objection solide contre la doctrine que nous soutenons.

1° Le créancier qui s'inscrit fait un acte conservatoire qui ne suppose pas nécessairement l'intention d'exiger le remboursement; 2° il ne place pas le créancier dans la nécessité d'attendre une époque à laquelle il pourra agir; rien ne l'empêche de le faire quand il lui plaît. L'acte d'enrôlement, au contraire, prouve le désir et l'intention formelle de faire juger; et, la cause une fois enrôlée, la partie n'est obligée à rien pour hâter le jugement; elle doit attendre son tour.

Nous remarquerons enfin que la péremption n'est qu'un désistement présumé, comme nous l'avons dit dans les préliminaires du présent titre, et c'est sous ce rapport qu'on en explique dans la doctrine la nature et les effets. Or, peut-on dire qu'il y ait présomption de désistement contre celui qui n'est tenu de requérir l'inscription d'une cause au rôle qu'autant qu'il veut être jugé?

Concluons avec la cour de Rennes que, « si » des auteurs graves, si des arrêts de cours » souveraines établissent un principe contraire » à cette doctrine, s'ils ont pensé et jugé qu'une » signification d'acte soit nécessaire pour in» terrompre la péremption d'instance, la né» gative étant une conséquence directe du si» lence de la loi, cette conséquence est sans » contredit, pour le magistrat qui ne voit que » la loi, préférable au risque évident d'ajouter » à son texte et d'exiger au delà de ce qu'elle a » prescrit; qu'au reste, à la règle de droit *lex » non omisit incautè, sed quia dictum no» luit,* vient se joindre l'ancienne jurispru» dence du parlement de Bretagne, attestée par » tous les auteurs bretons, suivant laquelle » l'enrôlement de la cause était un obstacle » légal à la péremption d'instance; qu'il ne » faut point recourir au Code civil, qui ne l'a » point traité, et qui n'a réglé que les prescrip» tions, et que la confusion des divers ordres » de lois conduit nécessairement à l'erreur, » et devient la source féconde des mauvais » jugements, ainsi que l'a si savamment établi » l'auteur de l'*Esprit des lois.* »

[Il y a, sous ce numéro, une double question: la première est celle de savoir si la mise de la cause au rôle est un acte valable interruptif de la péremption; la seconde, si le cours de la péremption est suspendu tout le temps que la cause demeure inscrite au rôle d'audience.

La première, que Carré résout affirmativement, l'est aussi dans le même sens par Merlin, v° *Péremption*, sect. 1, § 2, 5°, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 686, Dalloz, t. 22, p. 257, n° 8, Thomine, n° 446, Reynaud, n° 55, et Sirey, t. 36, p. 500, et t. 37, p. 673.

Quoiqu'il y ait eu quelque dissidence, la jurisprudence est maintenant fixée dans le même sens. (*V.* Dalloz, t. 22, p. 256; cass., 14 août 1837; Sirey, t. 37, p. 673; et Bruxelles, 12 mai 1838; J. de B., 1838, p. 310; Montpellier, 18 mars 1841; Sirey, t. 41, p. 239.)

Il semble que cette question n'eût jamais dû partager les tribunaux; car, toute la difficulté est de savoir si la mise de la cause au rôle est ou n'est pas *un acte valable;* or, comment peut-on hésiter sur ce point?... Un acte valable est celui qui est conforme à la loi, qui est ordonné ou permis par elle; en un mot, c'est un acte nécessaire. Tel est assurément le caractère de la mise au rôle, et cela est si vrai, que l'article 99 du Tarif fixe la taxe de la vacation due à l'avoué pour cet objet. On ne peut donc douter que ce ne soit là un acte valable dans le sens de l'art. 399.

Quant à la seconde question, elle n'a été qu'effleurée par Carré, qui semble embrasser une solution affirmative; cette solution résulte aussi d'arrêts de Metz du 13 nov. 1811 (Dalloz, t. 22, p. 265), de Grenoble, des 27 déc. 1811, et 24 mars 1812, et de Limoges, du 26 janv. 1813. Mais la doctrine opposée résulte d'un arrêt de la cour de Douai, rendu le 31 mars 1819: la cour de cass., le 19 juin 1822 (Dalloz, t. 22, p. 266; Sirey, t. 23, p. 284), a rejeté le pourvoi contre cet arrêt, sans décider la difficulté en termes explicites. Merlin, *Rép.*, v° *Péremption,* sect. 1re, § 2, 4°, Dalloz, t. 22, p. 257, n° 9, et Reynaud, n° 55, partagent cette doctrine. Merlin fait observer qu'aujourd'hui les rôles ne sont plus ce qu'ils étaient dans l'ancienne organisation judiciaire; ils ne forment plus pour les parties une interpellation permanente de se tenir toujours prêtes à plaider, et par suite les arrêts rendus à tour de rôle par défaut ne sont plus à l'abri de l'opposition. Il n'y a donc plus la même raison, pour attribuer à la mise au rôle l'effet qu'elle avait sous l'ord. de 1667. Au surplus, Carré se fonde encore sur ce que, depuis la mise au rôle, il y a impossibilité légale de faire aucun acte qui puisse couvrir la péremption. Forcera-t-on un avoué à faire des actes insignifiants ou frustratoires, à renouveler des significations déjà faites? Ce serait un déplorable abus, et certainement la loi n'a pas voulu l'autoriser. Il faut donc suspendre la péremption, parce qu'elle ne peut courir contre celui qui ne peut agir valablement. Mais Merlin, *ibid.*, 7° alin., n'admet pas cette impossibilité qu'allègue Carré. En se reportant aux art. 505, 506 et 507, C. proc., on voit que les parties ont la faculté de faire aux magistrats des sommations de juger. N'est-ce pas un moyen facile de prévenir la péremption? Pourquoi n'en pas profiter? C'est discontinuer les poursuites que de négliger les moyens que la loi donne pour obtenir jugement. Par le même motif, ce savant jurisconsulte pense que la péremption court, quoique la cause soit en état, et que

les qualités aient été posées (1), et nous adoptons son opinion avec d'autant plus d'empressement que nous avons décidé *suprà*, *Quest.* 1416 et 1417, que la péremption courait quoique la cause eût été mise en rapport.]

1441. *Un avenir auquel on n'a donné aucune suite peut-il couvrir la péremption?*

Nous supposons un avenir ou sommation d'audience pour plaider; la cause n'est point appelée; l'avoué du défendeur ne se présente point, ainsi que celui du demandeur. Le premier forme sa demande en péremption. On oppose l'avenir; il répond qu'il n'est d'aucune considération; que le demandeur l'a lui-même regardé comme non avenu, puisqu'il n'a donné aucune suite, et qu'en conséquence l'instance doit être prise dans l'état où elle était avant cet acte. Nous estimons que ces moyens ne sont pas fondés. L'avenir est un acte valable, et cela suffit pour qu'il ait interrompu le cours de la péremption. Vainement oppose-t-on que le demandeur n'y a pas donné de suite; il n'en a pas moins, par cet acte, annoncé qu'il n'entendait pas renoncer à sa demande, et, par là, il a détruit la présomption légale d'abandon ou de désistement, sur laquelle la péremption est fondée. Le défendeur pouvait d'ailleurs, sur l'avenir qui était signifié, se présenter et demander défaut, et, s'il ne l'a pas fait, il ne peut argumenter de ce que l'avenir est resté sans suite, puisqu'il dépendait de lui de lui faire produire un effet.

[Cet avis ne peut être contredit.]

1442. *Des actes faits au nom du défendeur, et qui seraient de nature à couvrir la péremption, pourraient-ils être désavoués par lui?*

Presque tous les anciens auteurs décident affirmativement cette question (*voy.*, entre autres, Lange, chap. 24, p. 501), attendu que les actes dont il s'agit priveraient le défendeur du droit que lui aurait procuré la péremption? mais nous ferons observer que l'art. 352, qui précise les cas où il y a désaveu, ne comprend point celui-ci, et qu'aucune disposition de la loi n'exige de pouvoir spécial pour faire des actes qui auraient l'effet de couvrir la péremption. Nous croyons, en conséquence, que l'avis de Lange ne peut être adopté, et tel est aussi le sentiment de Berriat, *h. t.*, note 13, et de Demiau, p. 291.

Si, néanmoins, un avoué avait reçu des ordres de demander la péremption, et qu'au lieu de les exécuter, il fît des actes qui la couvrissent, nous pensons bien que l'on aurait contre lui une action en dommages-intérêts. C'est que la péremption peut procurer un grand avantage à une partie, en ce sens qu'elle fait cesser l'interruption de la prescription, d'après l'art. 2247, C. civ.

[C'est aussi, et avec raison, l'avis de Reynaud, n° 76, et de Boitard, t. 2, p. 38.]

1443. *Les changements survenus dans l'organisation judiciaire, et notamment l'institution des arbitres forcés, ont-ils empêché la péremption de courir tant qu'il n'y a pas eu reprise d'instance devant le tribunal actuellement existant?*

L'autorité judiciaire est toujours subsistante, comme la puissance souveraine dont elle émane, et si l'organisation des tribunaux qui en sont dépositaires éprouve quelques changements, le pouvoir n'en reste pas moins toujours saisi de la contestation qui lui a été une fois déférée, et qui conséquemment est dévolue de plein droit à tel tribunal qui succède à tel autre dans le degré de juridiction qui appartenait à celui-ci.

Il serait évidemment contraire à ces principes qu'il fût nécessaire, pour attribuer au nouveau tribunal compétence afin de juger, que l'on eût formé devant lui demande en reprise d'instance : il suffit donc que la partie la plus diligente donne *avenir* à l'autre, pour procéder de suite devant le tribunal actuel, suivant les derniers errements de la procédure devant le premier tribunal, sans qu'il soit besoin de jugement préalable; d'ailleurs, la reprise d'instance n'a lieu, dans notre pratique, qu'au cas de changement d'état ou de décès des parties.

Deux fois la législation intermédiaire a rendu un solennel hommage à ces principes (*voy.* décret du 12 oct. 1790, sanctionné le 19, et loi du 27 vent. an VIII, art. 31), et la cour de cass. les a consacrés, par arrêts des 23 niv. an VIII, et 21 messidor an XIII (Sirey, t. 5, p. 364) (2).

(1) [*Voy.* ce que nous entendons par qualités posées, *Quest.* 613 *bis*.]

(2) Quoi qu'il en soit, tout en reconnaissant que les changements successifs opérés dans l'organisation judiciaire n'ont point empêché le cours de la péremption, on a prétendu, devant la cour de Rennes, que l'institution de l'arbitrage forcé, par la loi du 24 juin 1793, y avait mis un obstacle, attendu que la loi du 9 vent. an IV porte que les causes pendantes devant les tribunaux supprimés seront *portées* devant les tribunaux auxquels elles appartiennent; mais la cour de Rennes, par l'arrêt déjà cité, du 16 juin 1818 (Dalloz, t. 22, p. 272), a rejeté ce moyen, dans une affaire que l'on prétendait avoir un bien communal pour objet, et qui comme telle devait aussi, aux termes des lois des 10 juin et 2 oct. 1793, être jugée par arbitrage. La cour s'est bornée à considérer « que les changements » de tribunaux n'ont point empêché la péremption des

[Pour confirmer les motifs donnés par Carré, nous pouvons citer encore Orléans, 3 juillet 1817 (Dalloz, p. 273), Bourges, 26 juin 1811 (Dalloz, t. 22, p. 152), et l'avis conforme de Berriat, v° *Péremption,* note 9, n° 2; Merlin, *Rép.,* v° *Péremption,* § 1, n° 21, et *Questions de Droit,* t. 4, p. 710, et Reynaud, n° 165.

Cependant le contraire a été jugé par les cours de Paris, 7 pluv. an XI, et de Limoges, 18 nov. 1812 (Dalloz, t. 22, p. 272). Mais leur décision ne nous paraît pas devoir être suivie.]

Art. 400. Elle sera demandée par requête d'avoué à avoué, à moins que l'avoué ne soit décédé, ou interdit, ou suspendu, depuis le moment qu'elle a été acquise.

Tarif, 75. — [Tar. rais., nos 297, 298 et 299.] — C. proc., art. 342 et suiv. — [Devilleneuve, v° *Péremption,* nos 93 à 104. — Locré, t. 9, p. 244 (1).] — (*Voy.* Formules 344, 345 et 346.)

CCCXXVIII. Le défendeur, ou l'intervenant qui ferait cause commune avec lui, doit, conformément à cet article, former la demande en péremption par requête d'avoué à avoué, quoique avant la publication du Code on soutînt que le ministère de l'avoué cessait dès lors que l'on maintenait que l'instance était périmée; mais l'on a pensé que la péremption n'était pas prouvée, par cela seul qu'on la demandait, et que, tant qu'il n'était pas intervenu de jugement, l'on devait regarder le pouvoir des avoués comme existant encore. Mais il peut, par l'une des causes mentionnées dans notre article, avoir cessé, dans la personne de l'avoué, soit du demandeur, qui aurait à défendre à la demande en péremption, soit du défendeur, qui aurait à former cette demande. Dans le premier cas, elle doit être formée par exploit à personne ou à domicile; dans le second, elle serait formée par requête d'avoué contenant, de la part du demandeur, constitution d'un avoué pour occuper sur cette demande. (*Voy.* Hautefeuille, p. 210 et 211, *Quest.* de Lepage, p. 260 et 261, et Demiau, p. 291.)

[1448 bis. *La requête dont parle l'art. 400 doit-elle être répondue d'une ordonnance du juge?*

Oui, d'après un arrêt de la cour de Riom du 17 avril 1826 (Sirey, t. 27, p. 215). Mais cette décision nous paraît une violation manifeste de la loi.

Les motifs de la cour de Riom ne reposent que sur des raisonnements entièrement opposés à notre système de procédure. En effet, il n'est pas exact d'avancer que, lorsque *la loi prescrit ou autorise une demande quelconque par la voie de la requête d'avoué, elle suppose nécessairement que la requête doit être suivie d'une ordonnance signée du juge.* Le contraire est prouvé par le texte des divers articles qui spécifient les cas où l'ordonnance du juge est nécessaire pour l'introduction d'une demande, l'abréviation des délais (art. 72, 558, 1037, etc., C. proc.), toujours pour des significations à faire à la partie; mais nulle part on ne lit, dans le Code de procédure, que, dans une instance liée, *une requête d'avoué à avoué* sera ordonnancée par un juge. Il y a plus, la demande en intervention, la tierce opposition incidente, ou toute autre demande incidente, sont formées par requête et introduites *de plano* devant le tribunal saisi de la demande principale, sans qu'il soit besoin d'assignation à domicile ou de permission du juge. La partie use d'un droit que lui accorde la loi; elle n'a pas besoin d'autre permission; et d'ailleurs, ces requêtes, dont parle la loi, ne doivent pas être présentées à un juge, mais au tribunal entier, qui est supplié de recevoir la demande.

Dans le système de la cour de Riom, il faudrait deux requêtes, l'une au président pour obtenir son permis, et l'autre signifiée à avoué (de six rôles, dit le Tarif, art. 75), pour détailler les moyens de la péremption. Dans son

---

» instances dont ils étaient saisis, attendu qu'elles ont » été *portées* de droit devant les tribunaux qui leur » ont succédé. »

Il eût été difficile, en effet, de trouver de bonnes raisons pour ne pas appliquer à l'institution temporaire et tyrannique de l'arbitrage forcé de 1793, ce que la cour suprême avait formellement décidé à l'égard des tribunaux supprimés dans le cours de la révolution.

(1) **JURISPRUDENCE.**

[1° Des créanciers peuvent proposer la péremption d'instance, du chef de leur débiteur (Paris, 19 juin 1813; Dalloz, t. 22, p. 236; — *voy.* Pigeau, *Comm.,* t. 1, p. 686);

2° Une demande en péremption constitue un procès à part, dans lequel on ne peut plaider que le seul fait de la discontinuation des poursuites, et sans entrer dans la discussion d'aucune question relative au fond de l'instance (Rennes, 16 juin 1818; Dalloz, t. 22, p. 272);

3° Quand il a été formé plusieurs demandes en péremption, il n'est pas nécessaire de les faire juger dans l'ordre dans lequel on les a présentées (Lyon, 2 mars 1830; Sirey, t. 31, p. 268);

4° On n'est obligé de diriger une demande en péremption d'instance que contre la personne du demandeur, et nullement contre les héritiers de la femme de ce dernier, décédée pendant l'instance, lorsqu'on est censé ignorer et le décès de l'une et l'intérêt des autres à la reprise de l'instance (Metz, 24 fév. 1826; Sirey, t. 28, p. 89);

5° L'exception de nullité d'une signification de requête en péremption d'instance ne peut être proposée pour la première fois en appel. (Nîmes, 16 août 1819; Dalloz, t. 14, p. 275; Sirey, t. 20, p. 263.)]

second motif, la cour de Riom a confondu les actes d'une instance introduite avec une nouvelle instance à introduire; la péremption n'introduit pas d'instance, c'est un moyen accordé par la loi au défendeur pour repousser la demande; c'est une exception; c'est ainsi qu'il est permis en appel d'opposer tous moyens qui tendent à faire rejeter une demande, sans qu'on puisse les qualifier d'instance à introduire, et c'est précisément parce que les demandes incidentes n'introduisent pas d'instance qu'elles sont formées par requête, disons mieux, *par acte d'avoué à avoué.*

Si de l'ensemble de notre Code, si du texte des articles que nous venons de citer, il ne résultait pas jusqu'à l'évidence que la requête de péremption ne diffère en rien des requêtes présentées dans le cours d'une instance ordinaire, nous y ajouterions ce motif puissant qu'on a fait valoir devant la cour de Riom, qu'on doit accorder au magistrat investi du pouvoir de faire un acte le droit *de discernement*, ou, pour mieux nous exprimer, le droit de le refuser ou de le permettre. Ici le juge ne pourrait pas refuser son adhésion, ce serait donc lui faire jouer un rôle ridicule, nous ne craignons pas de le dire; l'arrêt que nous combattons nous a paru tellement contraire aux règles de la procédure, que nous avons cru de notre devoir de développer notre opinion.

Aucun auteur n'a soulevé cette difficulté, et Pigeau, dans son formulaire, ne parle pas de l'ordonnance du président, soit pour la péremption, soit pour l'intervention, soit pour la tierce opposition incidemment formée.

Ajoutons une dernière raison qui nous paraît également péremptoire. Si l'ordonnance du juge était nécessaire, il s'ensuivrait que le droit d'obtenir l'annulation de la procédure, à cause de la péremption, ne serait acquis que du moment où la requête et l'ordonnance seraient signifiées. Il y aurait alors danger d'une communication involontaire, mais indiscrète, dans l'intervalle qui s'écoulerait entre la rédaction de la requête, l'ordonnance du juge et la signification de ces deux actes. Il faudrait donc, pour éviter cet inconvénient, que le droit fût acquis par la requête elle-même, ce qui est inadmissible, parce qu'un acte n'est complet, et par conséquent valable, qu'après la signification.

Aussi l'arrêt de la cour de Riom a-t-il été cassé, sur notre plaidoirie, le 14 fév. 1831 (Sirey, t. 29, p. 306); et sa doctrine avait déjà été repoussée par la cour de Lyon, le 25 mars 1829.

Le *Courrier des Tribunaux* des 8 et 9 juin 1829 rapporte néanmoins un jugement du tribunal de Thiers qui s'est rangé à l'opinion de la cour de Riom.

Reynaud, n° 114, partage la nôtre, et cite à l'appui un nouvel arrêt de la cour de cass. du 3 fév. 1835 (Sirey, t. 35, 1re, p. 624. — *Voy.* la *Quest.* 668).]

1444. ***Dans une demande en péremption d'instance, suffit-il d'assigner l'avoué; ne faut-il pas, au contraire, assigner la partie elle-même?***

Autrement: ***l'article* 400, *en exigeant une requête d'avoué à avoué, exprime-t-il autre chose, si ce n'est que la partie sera assignée au domicile de l'avoué?* [*Dans quelle forme doit être notifiée la requête?*]**

On a soutenu, pour prouver que l'assignation doit s'adresser à la partie, que la demande en péremption est une action nouvelle, dont la fin est de détruire une action déjà existante, et à laquelle la partie doit répondre; mais, par arrêt du 8 avril 1809, la cour de Paris (Sirey, t. 12, p. 298), a rejeté ces moyens, attendu que la demande en péremption n'est point une instance nouvelle, mais un moyen de faire cesser l'instance. Cette cour a décidé conséquemment qu'il suffisait que la demande fût formée d'avoué à avoué (1), et elle a fait ainsi une juste application de l'art. 400, qui, en exigeant une requête d'avoué à avoué, exclut évidemment l'assignation à partie.

[Merlin, *Rép.*, v° *Péremption,* sect. 1, § 2, n° 5, ajoute que la question n'en est pas une, et nous sommes de son avis, avec Reynaud, n° 114, quoiqu'il soit vrai (*voy.* la *Quest.* 1683) que la demande en péremption est une demande nouvelle, mais, à cause des rapports intimes qu'elle a avec l'instance originaire, soumise à des règles spéciales. L'exploit signifié au domicile de la partie serait encore moins efficace pour intenter la demande en péremption, tant que le demandeur principal n'est pas décédé et que son avoué n'a pas cessé ses fonctions. (Paris, 11 fév. 1811; Dalloz, t. 22, p. 258; Sirey, t. 14, p. 345; Metz, 4 mai 1813 et 17 avril 1819; Rennes, 3 avril 1813; Grenoble, 30 déc. 1816; Dalloz, t. 22, p. 276; Grenoble, 31 juill. 1824; Dalloz, t. 22, p. 275; Lyon, 20 déc. 1827; Sirey, t. 28, p. 50; Pau, 13 mars 1836.)

On trouve néanmoins trois décisions contraires des cours de Limoges, 19 déc. 1826 (Sirey, t. 27, p. 91), de Brux., 18 fév. 1824 (J. de B., t. 2 de 1824, p. 55), de Liége, 9 déc. 1834 (*ibid.*, t. 2 de 1835, p. 92).

Ces cours considèrent que la requête n'est pas exigée par l'art. 400 à peine de nullité et que, la voie de l'exploit étant plus favorable au défendeur à la péremption, les tribunaux ne doivent pas l'exclure.

On peut voir, sur la *Quest.* 1446, les motifs

(1) [* Il n'est pas nécessaire de donner assignation. (Liége, 16 fév. 1827; Rec. de Liége, t. 10, p. 378.)]

de décider que la forme prescrite par l'art. 400 est rigoureuse, et qu'on ne peut substituer à la requête qu'il indique des actes équipollents.

La cour de Toulouse a rejeté, notamment le 13 juin 1832 (Sirey, t. 32, p. 623), une demande en péremption formée par de simples conclusions signifiées; à plus forte raison ne seraient pas valables, pour cet objet, celles qu'on se contenterait de prendre verbalement à l'audience, comme l'a jugé la cour de Montpellier, le 3 déc. 1832.

Mais faut-il du moins que la requête en péremption soit signifiée dans la forme des exploits?

La cour de Rennes a décidé l'affirmative, le 10 juin 1816 (Dalloz, t. 22, p. 278), en annulant une demande en péremption dont la notification n'était pas revêtue de l'immatricule de l'huissier; mais la cour de cass., le 13 nov. 1834 (Sirey, t. 34, p. 690), et la cour de Brux., les 26 avril et 28 juill. 1831 (J. de B., t. 1 de 1831, p. 400), se sont prononcées en sens contraire.

La dernière décision, qu'approuve Devilleneuve (Sirey, t. 34, 1re, p. 690), est plus conforme aux principes.

« Pour que la demande en péremption d'instance fût assujettie aux formalités des exploits, a dit M. le conseiller rapporteur, il faudrait que la loi les lui eût imposées. L'art. 400, C. proc. civ., n'en impose aucune; la loi seule crée des nullités; on ne fait pas des nullités par analogie, et puis l'analogie manquerait ici en plusieurs points; l'exploit qui cite les parties devant le juge doit être libellé de manière à ce que le demandeur soit connu, aussi bien que l'objet de la demande. Mais une demande qui s'introduit par requête d'avoué à avoué, contre les parties déjà en cause, est par elle-même explicite; l'avoué en concluant a tout dit; l'huissier en signifiant la requête de l'avoué annonce assez qu'il est immatriculé près le tribunal, le domicile du demandeur n'est-il pas indiqué avec la ponctualité exigée dans les exploits? Il importe peu, car c'est à l'avoué que les défendeurs auront à signifier leurs moyens. C'est sans doute en considération de ces différences que les formalités de l'art. 61 n'ont pas été transportées à l'art. 400... »

Du reste, la jurisprudence semble fixée sur la question générale de savoir si les significations d'avoué à avoué sont assujetties aux formalités des exploits : presque tous les tribunaux décident la négative. (*Voy.* notre *Quest.* 282.)

Par une conséquence des mêmes raisons : 1° la demande en péremption est dispensée du préliminaire de conciliation, comme l'a jugé la cour de Poitiers, le 14 août 1806 (Sirey, t. 6, p. 214);

2° L'omission du nom de l'un des demandeurs en péremption d'instance dans la signification de la requête ne vicie point cet exploit, si ce nom figure en tête de la requête avec ceux des autres demandeurs (Montpellier, 17 janv. 1831; Sirey, t. 31, p. 271);

3° La requête en péremption d'une instance est valable quoique la copie, au lieu d'être signée de l'avoué, porte que sa signature figure sur l'original. (Montpellier, 3 décembre 1832.)

[L'erreur de date dans la notification d'une requête en péremption ne constitue pas un moyen de nullité, s'il est reconnu par les juges que la date de l'original est la seule véritable, et si cela résulte d'ailleurs des termes de l'acte. (Toulouse, 4 fév. 1825.)]

1445. *De quel avoué l'art.* 400 *entend-il parler?*

Il entend parler de l'avoué du demandeur.

Ainsi, l'article exprime que, si l'avoué de la partie contre laquelle on demande la péremption est décédé, ou interdit, ou suspendu, depuis qu'elle est acquise, cette demande doit être formée par exploit signifié à personne ou domicile, avec assignation à comparaître devant le tribunal où la poursuite a été faite, pour voir prononcer la péremption de l'instance.

[Cette décision a été appliquée, avec raison, par les cours d'Orléans, le 27 mai 1808 (Dalloz, t. 22, p. 276), et de cassation, le 19 août 1816 (Dalloz, t. 22, p. 246; Sirey, t. 17, p. 47). Mais la demande en péremption est valablement formée au domicile de l'avoué primitivement constitué par le défendeur à la péremption, si celui-ci n'a pas notifié au demandeur qu'il avait changé d'avoué. (Lyon, 26 mai 1830.)

Peu importe que la péremption soit ou non acquise à l'époque où l'avoué a cessé ses fonctions, il n'est pas nécessaire d'en faire précéder la demande par une assignation en constitution de nouvel avoué. C'est l'avis de Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1, § 2, n° 5, et de Reynaud, n° 109. (*Voy.* d'ailleurs notre *Quest.* 1424 *bis.*)

De ce que l'art. 400 n'entend parler que de l'avoué du demandeur, il suit que le défendeur qui n'a pas constitué avoué dans l'instance n'est pas dispensé d'employer la voie de la requête pour former sa demande en péremption, ainsi l'a jugé *in terminis* la cour de Metz, le 17 avril 1819; mais il peut le faire par la même requête qui contient constitution de nouvel avoué et sommation d'audience. (Montpellier, 30 déc. 1829.)]

[**1445 bis. *Si l'une des parties est décédée, est-ce par requête ou par exploit que la demande en péremption doit être formée?***

La cour de Nîmes, le 26 avril 1813 (Dalloz, t. 22, p. 276; Sirey, t. 16, p. 122), a décidé

d'une manière générale que c'était par exploit. Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1, § 2, n° 5, établit une distinction que nous partageons, et qui a été consacrée par plusieurs cours royales. Si le décès a été notifié, nul doute que la péremption ne puisse être demandée que par exploit signifié aux héritiers du défunt. Mais s'il ne l'a pas été, par une suite naturelle du principe posé dans l'art. 344, Code proc., la demande sera valablement formée par requête, parce que, quoiqu'elle soit une demande incidente nouvelle, néanmoins, à cause de ses rapports avec l'instance primitive qu'elle tend à éteindre, la loi a cru devoir introduire cette forme spéciale pour l'intenter. (Nîmes, 2 fév. 1825; Sirey, t. 25, p. 294; Paris, 25 août 1832; Montpellier, 17 janv. 1831.) C'est au domicile du demandeur, quoique décédé, que l'on pourrait signifier la demande en péremption, si le décès n'était pas notifié, et que l'avoué qu'il avait constitué eût cessé d'exercer. (Liége, 3 avril 1824; Merlin, *Rép.*, t. 23, p. 192.) Mais si le décès était officiellement connu, quoique non dénoncé, la cour de Lyon a jugé, le 16 mai 1817, qu'il faudrait alors former la demande par assignation aux ayants cause ; et néanmoins la cour de Brux. a décidé, le 28 juillet 1831, qu'on pourrait employer la voie de la requête, alors même que la partie aurait eu connaissance du décès dans une autre instance, pendante en un autre tribunal, parce qu'il ne s'ensuivrait pas que cette connaissance fût parvenue à son avoué (J. de B., t. 1er de 1831, p. 400); au reste, on serait libre de procéder par exploit à domicile. D'après la cour de Bourges, 30 juill. 1829, on aurait ce droit lors même qu'il n'y aurait ni notification, ni connaissance officielle, l'autre mode d'agir étant facultatif.

La demande en péremption formée contre une des parties originairement défenderesse, mais en sa qualité d'héritière du demandeur dont on soutient que l'action est périmée, ne peut être présentée par requête signifiée à l'avoué qui occupait pour elle comme défenderesse, car les pouvoirs de celui-ci n'ont pas changé de nature par le changement de qualité de son client. (Dijon, 6 mai 1831 ; Sirey, t. 31, p. 206.)

Il est hors de doute que la requête en péremption ne pourrait être notifiée au nom de plusieurs parties dont l'une serait décédée, parce qu'une instance même incidente ne peut être introduite au nom d'une personne qui n'est plus. La cour de Montpellier a néanmoins jugé le contraire, le 17 nov. 1829 (Sirey, t. 30, p. 176), mais dans une espèce où les considérations de fait ont dû entraîner sa décision. Cette décision est blâmée en principe par Reynaud, n° 112.]

1446. *Si la péremption d'instance a été demandée, mais autrement que de la manière prescrite par l'art.* 400, *peut-elle être couverte par des actes postérieurs, conformément à l'art.* 399?

Si l'on s'arrêtait à la disposition de l'art. 399, on croirait que la péremption ne pourrait être couverte que par des actes valables, *antérieurs* à la demande en péremption. Mais, comme le fait observer Coffinières, il ne faut pas isoler cet article de celui qui le suit immédiatement. « Si, dit-il, le législateur détermine la forme dans laquelle la demande en péremption doit être introduite, cette demande n'est pas réputée exister, tant que les parties se sont pourvues par une autre voie ou *dans une autre forme*. »

Or, l'art. 400 veut que la demande en péremption, contre la partie qui a un avoué en cause, soit formée par requête signifiée à cet avoué : si donc elle a été formée de toute autre manière, le défendeur à la péremption est encore en délai utile pour la couvrir.

Cette solution paraîtrait résulter implicitement des motifs d'un arrêt de la cour de Paris, du 11 fév. 1811 (Sirey, t. 14, p. 545; Dalloz, t. 22, p. 258), et c'est celle que nous croyons devoir adopter, non-seulement parce que les art. 399 et 400 ne semblent supposer l'existence de la demande en péremption qu'autant qu'elle a été signifiée dans la forme prescrite, mais surtout parce que l'avoué, qui est le maître du procès, n'ayant pas eu connaissance de cette demande, si elle a été signifiée à la partie, et non à lui-même, a nécessairement couvert la péremption, en faisant, avant d'avoir acquis cette connaissance, un acte valable de son ministère : c'est au demandeur en péremption à s'imputer la faute de n'avoir pas suivi la loi. (Rennes, 3 avril 1813 ; Dalloz, t. 22, p. 276.)

[Nous approuvons cette doctrine qu'enseignent aussi Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 687, Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1, § 2, n° 5, 6°, et Reynaud, n° 105.

La demande irrégulièrement formée ne serait-elle pas elle-même un acte interruptif de la péremption, qui empêcherait de la renouveler par requête régulière? (*Voy.* la *Question* 1410, *suprà*.)]

1447. *Lorsqu'il existe un acte signifié par la partie contre laquelle la péremption d'instance est demandée, le jour même où la requête est signifiée, les juges saisis de l'instance peuvent-ils la déclarer périmée, en accordant la priorité à la requête en péremption, quoique l'acte dont excipe l'autre partie indique l'heure précise de sa signification?*

La cour d'appel de Montpellier, à laquelle

cette question avait été soumise, déclara, par arrêt du 6 juin 1810, que la péremption était acquise, attendu que *toutes les circonstances de la cause* prouvaient que la requête avait été signifiée à l'avoué du défendeur en péremption avant l'acte par lequel celui-ci avait entendu la couvrir.

La cour de cass., par arrêt du 6 août 1811 (Sirey, t. 14, p. 217), a rejeté le pourvoi, attendu, lit-on dans les considérants, que la cour de Montpellier n'avait jugé qu'un point de fait, d'où il ne pouvait résulter aucune ouverture à cassation.

Coffinières, en rapportant cet arrêt dans son *Journal des Avoués,* fait plusieurs observations, d'après lesquelles il conclut que l'acte signifié pour couvrir la péremption devait prévaloir, parce qu'il indiquait l'heure de sa signification, et que, conséquemment, on ne pouvait, sans s'inscrire en faux, le réputer postérieur à la requête en péremption, tandis que rien ne constatait d'une manière légale qu'elle existât auparavant. Nous répondons qu'en cette espèce, l'inscription de faux n'est pas nécessaire, car rien ne constate aussi que la demande en péremption n'ait pas été faite avant l'acte signifié pour la couvrir. La question de priorité dépend donc essentiellement des faits, et c'est pourquoi la cour de cassation a décidé qu'elle est abandonnée à la prudence et à l'équité des magistrats.

Au surplus, cet arrêt avertit les avoués de faire constater, soit dans la requête, soit dans les actes qui couvriraient la péremption, l'heure à laquelle ils auraient été signifiés; c'est le moyen de prévenir toute contestation semblable (1).

[La théorie de Merlin, *Rép.*, v° *Péremption,* sect. 1, § 2, n° 4, 9°, sur cette question, nous paraît tellement satisfaisante que nous croyons devoir l'analyser en quelques mots.

Il distingue trois cas : celui où les deux actes en concours constatent l'heure de leur signification, celui où l'heure n'est constatée que dans un seul des deux actes, celui où elle ne l'est dans aucun des deux.

Dans le premier cas, il ne peut y avoir de doute sur la priorité de l'un des deux actes; il faut s'en tenir, pour cela, à leurs énonciations respectives. Vainement voudrait-on appliquer la disposition de l'art. 2147 du Code civil, elle est spéciale à la matière des hypothèques.

Le second et le troisième cas sont semblables, car la constatation de l'heure par un seul des deux actes ne fournit pas plus de lumières sur le fait de la priorité que si aucun des deux ne contenait cette mention.

C'est alors au demandeur en péremption qu'incombe la preuve de l'antériorité de sa requête, par cela seul qu'il est demandeur. Ainsi l'a jugé la cour d'Angers, le 26 juill. 1827 (Sirey, t. 28, p. 161), et s'il ne la fait pas, sa demande doit être rejetée, parce que, dans le doute, on doit présumer qu'elle est postérieure à l'acte interruptif; telle est la décision des cours de Rennes, dans les arrêts que cite Carré, à la note, et de Metz, 10 nov. 1819.

Mais quel genre de preuves le demandeur pourra-t-il employer? Pourra-t-il les puiser en dehors de l'acte lui-même? ne serait-ce pas contraire au principe qui défend de prouver contre et outre le contenu aux actes?

Oui, d'après Thomine, n° 446, qui, en conséquence, déclare la preuve inadmissible hormis le cas de fraude.

Mais Merlin fait observer, avec beaucoup de raison, que ce principe, applicable dans toute sa généralité aux faits dont la loi exige que la mention soit insérée dans les actes eux-mêmes, ne l'est nullement aux faits sur lesquels les actes peuvent garder le silence.

Or, au nombre de ces faits est certainement l'indication de l'heure où l'acte a été notifié. Voilà pourquoi la cour de cassation admet, pour la constater, les présomptions, comme on le voit dans l'arrêt du 6 août 1811, rapporté par Carré; la cour de Bordeaux les a également admises, le 2 déc. 1828, et les cours de cass., le 15 juill. 1818 (Dalloz, t. 22, p. 232; Sirey, t. 19 p. 25), et de Montpellier, le 17 novembre 1829 (Dalloz, t. 22, p. 278; Sirey, t. 30, p. 176), ont été jusqu'à décider que la priorité de l'un ou de l'autre des deux actes peut être établie par témoins.

Enfin les cours de Metz, le 10 nov. 1819, et de Bordeaux, le 18 mars 1830 (Sirey, t. 30, p. 371), ont aussi implicitement re-

(1) Au moyen de cette précaution, on éviterait, par exemple, une décision semblable à celle que la cour de Rennes a prononcé par arrêts des 26 janvier 1813, et 19 janvier 1814 (Dalloz, t. 22, p. 278), en rejetant une demande en péremption, attendu que les actes qui auraient été faits pour la couvrir étant du même jour que cette demande, c'était au demandeur à justifier de l'antériorité; ce qu'il lui était d'ailleurs interdit de faire par témoins.

L'arrêt du 10 juin 1816 (Dalloz, t. 22, p. 278), a prononcé de la même manière, et nous croyons ces deux décisions bien fondées, lorsque la preuve de l'antériorité de la demande ne sort pas clairement des faits contenus dans la cause. En effet, lorsqu'aucun des actes faits le même jour ne fait connaître l'heure de la signification, et que les circonstances ne peuvent suppléer à ce défaut, il est difficile d'assigner une antériorité de date à l'un plutôt qu'à l'autre. Or, d'un côté, c'est toujours au demandeur à prouver ce qu'il allègue, et de l'autre, une demande qui, comme celle de la péremption, est une fin de non-recevoir rigoureuse et défavorable contre la poursuite de l'action principale, ne saurait être admise, dans le doute.

connu l'admissibilité des présomptions, quoique la première ait refusé d'établir sa décision sur le serment de l'avoué, attendu que la loi n'autorise à déférer le serment qu'aux parties; quoique la seconde n'ait pas trouvé suffisamment graves, précises et concordantes, les présomptions que l'on faisait résulter dans l'espèce de la priorité de l'enregistrement et du silence gardé, au moment de la notification, de la requête, par l'avoué qui prétendait, depuis, avoir fait le même jour, à une heure antérieure, un acte interruptif. Reynaud, n° 80, adopte les distinctions de Merlin.]

[1447 bis. *La péremption doit-elle être proposée avant la nullité de l'exploit introductif? Dans le cas de l'affirmative n'aura-t-on pas couvert la nullité de cet exploit?*

La première de ces propositions doit se résoudre par l'affirmative, et la seconde par la négative. 1° Pour établir le contraire, on argumenterait en vain de l'art. 173, C. proc.

Il est à remarquer en effet, que la péremption n'est ni une défense ni une exception.

C'est une demande principale, absolument distincte de l'instance qu'elle tend à faire déclarer anéantie. (Rennes, 6 juin 1818.)

Or, dès qu'elle a eu lieu, c'est-à-dire, dès qu'il s'est écoulé un temps suffisant pour l'opérer, aux termes de l'art. 397, Code proc., elle doit être demandée *par requête d'avoué à avoué* (art. 400).

Ainsi, ou elle est admise, ou elle est rejetée; dans le premier cas, la question de nullité de l'exploit devient superflue; dans le deuxième cas, tous les moyens de nullité restent saufs, puisqu'en demandant la péremption on n'a présenté ni défense ni exception à la cause. (*Extrait des manuscrits de Carré.*) Nous partageons, au fond, cette opinion de notre savant maître. C'est ainsi que nous avons décidé *suprà, Quest.* 1424 *bis*, que la reprise d'instance n'était pas nécessaire de la part de celui qui veut demander la péremption contre un héritier.]

1447 ter. *Comment doit être formée la demande en péremption des instances dans lesquelles les directions générales de l'enregistrement et des domaines, des douanes et des contributions indirectes, se trouvent parties?*

Comme le ministère des avoués n'est pas toujours nécessaire dans ces sortes d'instances, Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1, § 2, n° 5, en conclut que la demande en péremption est valablement formée par une assignation à personne ou domicile; cela ne peut souffrir aucune difficulté.

Mais que décidera-t-on dans le cas où les administrations, renonçant à la faculté qui leur appartient de ne pas constituer d'avoué, en ont cependant choisi pour être représentées dans l'instance? alors faut-il demander la péremption par requête d'avoué à avoué ou par exploit?

Sur cette question, Merlin, *Rep.*, *ubi suprà*, décide qu'il faut se conformer à l'art. 400 du Code de procédure civile, c'est-à-dire que la demande en péremption doit être formée par requête. Du moment que la loi n'interdit pas le ministère des avoués dans ces sortes d'instances, et qu'elle se borne à permettre aux parties de n'en pas constituer, il faut décider que, s'il y a avoués en cause, les règles ordinaires sont applicables; l'exception cessant, il faut revenir au principe général.

Cependant, un arrêt de la cour de Brux. du 17 oct. 1822 (J. de B., t. 1er de 1823, p. 90), a jugé que, dans cette hypothèse, la constitution des avoués étant une superfétation dans la procédure puisque leur ministère est inutile, il fallait la regarder comme non avenue, et décider conséquemment que, même dans ce cas, la péremption doit être formée par une assignation.

Il est impossible, dit avec raison Merlin, que cet arrêt fasse jurisprudence.

[Reynaud, n° 187, adopte cet avis.]

ART. 401. La péremption n'éteint pas l'action; elle emporte seulement extinction de la procédure, sans qu'on puisse, dans aucun cas, opposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni s'en prévaloir.

En cas de péremption, le demandeur principal est condamné à tous les frais de la procédure périmée.

[Tar. rais., page 43, note 4.] — C. proc., art. 130, 469, 543 et suiv. — [Devilleneuve, *h. v.*, n° 111. — Locré, t. 9, p. 94 et 244 (1).] — (*Voy.* FORMULES 347 et 348.)

CCCXXIX. La péremption n'éteint pas l'action, c'est-à-dire qu'elle n'est point un obstacle à l'exercice ultérieur de l'action par une demande nouvelle, aussi longtemps du moins que

(1) JURISPRUDENCE.

[1° La péremption de la citation en reprise d'instance entraîne la péremption de l'instance principale (Nîmes, 16 août 1819; Dalloz, t. 14, p. 275; Sirey, t. 20, p. 263);

2° La péremption de la demande en péremption n'entraîne pas la péremption de l'instance principale (Montpellier, 30 décembre 1829);

3° La péremption d'une instance n'éteint pas les qualités sous lesquelles les parties ont agi dans cette instance. On peut donc postérieurement leur opposer la qualité d'héritier qu'elles y auraient prise. (Metz, 5 juin 1827.)

la prescription du droit n'est pas acquise. La raison de cette disposition est que la péremption n'est admise que comme une peine infligée au demandeur, qui reste insouciant sur ses intérêts pendant trois années; mais elle serait trop sévère, pour ne pas dire injuste, si ses effets allaient jusqu'à anticiper les délais des prescriptions, qui ne peuvent s'acquérir que par un plus long laps de temps, et à délier le défendeur, sans cause suffisante, d'une obligation légitimement contractée (1).

L'article ci-dessus pose en principe que les actes de l'instance périmée ne pourront être reproduits dans la nouvelle instance, par le motif, dit le rapporteur de la loi au corps législatif, que celui qui a laissé acquérir la péremption ne doit pas être admis à sauver les débris d'une procédure que la loi réprouvait, en conservant le droit d'opposer les preuves qu'elle renfermait. Mais nous devons rappeler, à cet égard, que plusieurs cours, et notamment celle de Rennes, avaient fortement réclamé que l'on fît une exception à l'égard des dépositions de témoins entendus dans l'instance périmée, et décédés avant la nouvelle demande, lorsqu'elles auraient été consignées dans un procès-verbal. Nous croyons que le législateur genevois a sagement consacré et cette exception et celle qu'il a faite à l'égard des aveux, des déclarations et serments des parties consignés dans les registres du tribunal. (*V.*, sur cette dernière exception, le n° 1111.)

Enfin, notre article met à la charge du demandeur principal tous les frais de la procédure périmée. Il en interdit conséquemment la compensation; ce qui est une exception à l'art. 131, entièrement de droit nouveau, puisque autrefois, lorsque l'instance était périmée, chaque partie payait ses frais (2).

1448. ***Si la péremption n'éteint pas l'action, peut-elle néanmoins contribuer à l'éteindre, en sorte qu'une nouvelle demande ne puisse être formée?***

Nous avons déjà dit, sur la *Quest.* 1413, que la péremption peut contribuer à éteindre l'action, lorsque le temps de la prescription est expiré pendant le cours de l'instance périmée; c'est ce qui résulte formellement de la disposition de l'art. 2247 du Code civil. Il est donc certain que, si la prescription de l'action a été acquise pendant la durée de l'instance périmée, on ne peut plus en introduire une nouvelle. (*V.* Pothier, chap. 3, § 5; Delaporte, t. 1, p. 371; Pigeau, t. 1, p. 315, n° 444.)

[Cela est de toute évidence. (*V.* Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 1, § 2, n° 6, 1°.]

1449. ***N'est-il pas un cas où la péremption éteint l'action même?***

Oui; c'est lorsqu'elle frappe sur l'instance d'appel (*voy.* art. 469), [et les questions traitées sur cet article].

1449 bis. ***Faut-il que la demande que l'on peut former après la péremption soit précédée d'un nouveau préliminaire de conciliation?***

Non, puisque le préliminaire de conciliation ne tombe pas en péremption, d'après la disposition de l'art. 397, qui ne soumet à la péremption que l'instance seule; or, ce préliminaire n'en fait pas partie. (*V.* Pigeau, *ubi suprà*, et la *Quest.* 250.)

[*V.* aussi *suprà*, notre *Quest.* 1410 *bis*; aux autorités qui s'y trouvent rappelées, ajoutez celle de Boitard, qui, sur l'art. 401, t. 2, p. 39, se prononce formellement dans le même sens que Carré.]

1450. ***La péremption a-t-elle l'effet de faire perdre au demandeur les intérêts que la demande faisait courir?***

Oui, et selon Pigeau, t. 1, p. 315, n° 444, il perdrait même les intérêts qui auraient couru depuis l'essai en conciliation qui aurait précédé sa demande; car l'art. 57 ne les fait courir que sous la condition que la demande soit formée dans le mois; or, la demande formée étant éteinte, c'est comme s'il n'y en avait pas eu. (*V.* Pothier, *ubi suprà*.)

[Cette opinion incontestable est partagée par Berriat, p. 359, Dalloz, t. 22, p. 281, n°s 9, 10 et 11, et Reynaud, n° 128.

Pigeau, et après lui les auteurs cités, font observer néanmoins et avec raison, que les in-

---

(1) Ajoutons, avec les auteurs de la loi de Genève, que l'instance suspendue, la péremption acquise, ne préjugent rien sur le droit réclamé par le demandeur : — Elles peuvent être dues de sa part à la difficulté d'obtenir des documents, à leur perte momentanée, à une absence prolongée, etc. — Qu'il ne puisse reprendre à son gré une instance qu'il a abandonnée; qu'il cesse de pouvoir invoquer les actes qui la composent; que la prescription reprenne son cours, ces effets de la péremption se justifieront aisément; mais si le demandeur a retrouvé les documents qui lui manquaient, si l'obstacle qui l'empêchait d'agir est levé, où serait la justice de lui refuser la faculté de diriger une nouvelle instance?

(2) Il paraîtrait plus conforme à l'équité d'en revenir aux anciens principes, en mettant à la charge de chaque partie les frais faits par elle dans l'instance périmée, ainsi que le dispose l'art. 277 de la loi genevoise. En effet, le défendeur n'est-il pas lui-même en faute de n'avoir pas hâté la fin du procès, en obtenant congé de la demande?

[Nous ne croyons pas que le défendeur soit en faute pour n'avoir pas hâté la fin du procès : ce n'est pas lui qui avait entamé la discussion, et, s'il n'a pas cru devoir provoquer une décision toujours incertaine, il fait preuve d'une sage circonspection dont il ne peut être puni.]

térêts courus depuis l'essai en conciliation pourraient être exigés, malgré la péremption de l'instance, si le débiteur avait reconnu la dette, sans pouvoir la payer, dans le procès-verbal dressé au bureau de paix.

On demande ce qu'il faudrait décider relativement aux fruits que le possesseur de bonne foi doit, à partir de la demande. Si l'instance se périme, sont-ils dus de la même époque? Oui, parce que, du moment qu'il a été actionné, il a cessé d'être de bonne foi; c'est aussi l'avis de Toullier, t. 3, n° 76.]

[1450 bis. *Celui contre lequel la péremption est prononcée doit-il les frais frustratoires?*

Évidemment non; tout ce qui ne peut pas entrer en taxe n'est pas dû; il ne doit pas davantage les frais des actes nuls faits par son adversaire; tel est le sentiment de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 689, Dalloz, t. 22, p. 281, n° 12, et le nôtre, au *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 289, n° 16.]

1451. *La disposition de l'art.* 401, *d'après laquelle l'on ne peut, dans aucun cas, opposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni s'en prévaloir, s'étend-elle jusqu'aux jugements qui auraient été rendus durant l'instance?*

Avant la publication du Code de procédure, il était généralement admis que la péremption supprimait les actes de l'instance, seulement comme procédure, et non comme preuves, *probata remanent*. Ainsi les enquêtes, les rapports d'experts, les aveux, en un mot, tous les actes probatoires qui avaient eu lieu pendant le cours de l'instance ne laissaient pas de subsister, et les parties pouvaient s'en servir sur la nouvelle demande qui aurait été formée ultérieurement. (*V.* Pothier, *ubi suprà.*)

Vainement, comme nous l'avons dit au commentaire de cet article, plusieurs cours d'appel ont-elles demandé, dans leurs observations sur le projet, que ces actes subsistassent; on a considéré qu'il était contre les principes de leur donner effet, puisque, à raison de la péremption, ils devaient être réputés comme non avenus; et « si on pouvait en argumenter dans » une nouvelle instance, dit Pigeau, t. 1, p. 315, » n° 444, l'autre partie pourrait les combattre : » donc le premier procès subsisterait encore; » ce qui est contre la nature de la péremption; » raison qui ne nous paraît pas décisive, car il n'y a rien d'essentiel dans la péremption : c'est une peine que le législateur peut modifier en tous les effets qui lui paraîtraient injustes.

Quoi qu'il en soit, une prohibition aussi absolue que celle de l'art. 401 nous oblige à décider pour l'affirmative, quant aux jugements préparatoires et interlocutoires, la question que nous nous sommes proposée. En effet, s'il n'est aucun acte probatoire qui puisse survivre à l'instance périmée, à plus forte raison en est-il de même des jugements qui auraient ordonné ces actes; autrement la première instance viendrait, à raison de l'exécution de ces jugements, produire des effets dans la seconde; ce qui serait également opposé à la nature de la péremption.

[*V.* la *Quest.* 1421.]

Cette opinion se trouve d'ailleurs en harmonie avec celle que l'on professait autrefois; savoir : que la péremption détruisait les jugements d'instruction, ainsi que l'affirment tous les auteurs, et entre autres Pothier, chap. 4, § 5.

Si Lange, p. 500, dit qu'un jugement qui ordonne une preuve doit subsister parce qu'il donne atteinte au fond, si l'art. 452 qualifie interlocutoires les jugements qui ordonnent une preuve qui préjuge le fond, nous ne croyons pas que l'on puisse en argumenter contre l'opinion que nous venons d'émettre, puisqu'elle est une conséquence nécessaire de la disposition de l'art. 401, qui n'avait pas lieu à l'époque où Lange écrivait.

Mais, d'un autre côté, ces mêmes auteurs attestent que la péremption ne détruit pas une sentence de condamnation, encore bien qu'elle ne fût que provisionnelle. (*V.* Pothier, *ubi suprà*; Lange, p. 500; Menelet, p. 70; Duparc-Poullain, p. 119.)

Il en est de même, dit Duparc, des sentences par défaut. D'autres distinguaient et admettaient qu'elles tombaient en péremption, si l'opposition avait été reçue par jugement, ou si, la sentence n'ayant pas été levée, les parties avaient procédé comme si elle n'eût pas été rendue. (*V.* Bornier, sur l'art. 11 du tit. XXXV, et Pothier, *ubi suprà.*)

Ce que nous avons dit sur la *Quest.* 1422 prouve que les jugements par défaut sont anéantis par la péremption, l'instance sur l'opposition ne pouvant être séparée de l'instance principale, qui est nécessairement périmée, parce que l'autre est éteinte; à plus forte raison, le jugement par défaut qui n'a pas été signifié doit-il être considéré comme non avenu. On dira qu'il termine l'instance; mais nous répondons qu'il est ignoré du défendeur, s'il ne lui est pas signifié, et qu'en conséquence, celui-ci étant autorisé à demander la péremption, qu'aucun acte connu de lui n'a pu couvrir, rend sans effet, si sa demande est accueillie, tout acte ou jugement qui tient à cette instance. (*V.* la *Quest.* 1437.)

Quant aux jugements *provisoires*, la question présente plus de difficulté.

Ces jugements ont été rendus contradictoirement; ils portent une condamnation *définitive*, que les juges qui l'ont rendue ne peuvent réformer, qui ne peut l'être que par appel

(*voy.* art. 451), qui est exécutoire avec ou sans caution, conformément à l'art. 135; il y a donc de fortes raisons pour les séparer de l'instance principale, et les faire survivre à la péremption de celle-ci. Nous pensons en conséquence que l'on ne peut remettre en question, sous la nouvelle instance, la chose jugée par un jugement provisionnel (1).

[Nul doute que les jugements préparatoires et interlocutoires ne se périment avec l'instance dont ils font partie. Plusieurs arrêts déjà cités sur la *Quest.* 1421, l'ont ainsi décidé, et les raisons données par Carré n'ont besoin d'ailleurs d'être appuyées d'aucune autorité.

Mais il est certain que la péremption de l'instance n'influe nullement sur les jugements définitifs qui ont été rendus pendant son cours : nous appelons jugements définitifs tous ceux qui évacuent, pour n'y plus revenir, un point du litige, soit qu'ils aient prononcé sur une demande provisionnelle, soit qu'ils aient décidé au fond un des chefs de la demande principale : la raison en est que, l'objet décidé par ces jugements ne dépendant plus de la suite de la procédure, ils subsistent par eux-mêmes, par leurs propres forces, et ne doivent plus être sujets aux vicissitudes d'une instance à laquelle ils n'appartiennent plus.

Cette dernière opinion est conforme aux arrêts des cours de Toulouse, 11 mai 1821 (Dalloz, t. 22, p. 256), de Lyon, 7 déc. 1821 (Dalloz, t. 22, p. 255), Besançon, 20 août 1825, Montpellier, 9 mai 1825 (Sirey, t. 25, p. 309), et cassation, 9 juillet 1828.

Nous avons déjà dit, sur les *Questions* 1421 *bis* et 1422, ce qu'il faut penser des jugements par défaut, et, sur la *Quest.* 1421, nous avons traité de l'influence qu'il faut accorder à chacune de ces espèces de jugements sur l'instance qui les a produits.]

TITRE XXIII.

DU DÉSISTEMENT.

Nous avons dit *suprà*, p. 378, que la péremption n'était autre chose qu'un désistement présumé de la part du demandeur, mais que cette présomption se bornait à l'abandon de l'instance. Il en est de même du désistement formel, dont la forme et les effets sont réglés par le présent titre. (*Voy.* art. 402 et 403.)

Le désistement n'est donc qu'un acte par lequel le demandeur renonce à poursuivre sur la demande qu'il a formée; et c'est pourquoi Berriat, p. 245, le définit l'action de renoncer à une procédure *commencée* (2).

Il est à remarquer que l'*acquiescement* du défendeur, autrement, son adhésion aux prétentions du demandeur, produit les mêmes effets que le désistement ou abandon de l'action, en ce qu'il éteint l'instance, qui ne peut être renouvelée. (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 519, n° 451.)

Sous ce rapport, il est sujet à l'application des mêmes principes; mais il n'a pas besoin d'être accepté comme le désistement, attendu

---

(1) Nous voudrions admettre au moins, comme *extrajudiciaires*, les aveux, déclarations et serments consignés en jugement. Il nous paraît du moins qu'il serait injuste, lorsqu'un aveu extrajudiciaire, donné par écrit, fait preuve contre celui qui l'a fait, qu'on ne pût invoquer un aveu, une déclaration, à plus forte raison un serment, constatés en justice, par cela seul que l'instance eût été périmée. Nous considérons l'acte qui en est décerné par le tribunal, comme un jugement définitif acquis à la partie, et nous appliquons à ce cas la solution ci-dessus, relativement aux jugements provisoires.

[Dalloz, t. 22, p. 278, n° 2, et Boitard, sur l'art. 401, partagent, quoique avec hésitation, l'avis de Carré, relativement à la restriction que comporte, d'après lui, la règle générale de l'art. 401 : mais elle est repoussée, au contraire, par Demiau, p. 292, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 688, Favard, t. 4, p. 197, n° 13, Thomine, n° 448, Merlin, *Rép.*, v° *Péremption,* sect. 1re, § 2, n° 6, 3o, et Reynaud, n° 122; et d'ailleurs elle semble d'autant moins admissible, qu'elle contrarie l'intention manifestée par le législateur lors de la confection de la loi. On peut voir, dans Locré, t. 9, p. 94 et 244, que le tribunat ayant proposé une rédaction nominativement exclusive du droit de se prévaloir des aveux et reconnaissances faits dans l'instance périmée, la rédaction primitive n'en fut pas moins maintenue *comme suffisante* pour atteindre ce but.

Et en effet l'aveu, quoique constaté, si l'on veut, par un jugement, est de la même nature que les autres éléments de preuve qui peuvent avoir été acquis dans le cours de l'instance, tels que les enquêtes, les expertises, etc. Il a été fait dans la procédure, à son occasion, et n'existerait pas si la procédure n'avait pas eu lieu; il ne doit pas exister davantage du moment qu'elle est anéantie; autrement il n'y aurait point de différence entre l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire.

Au surplus il faut décider, avec Pigeau et Merlin, que celui qui a fait prononcer la péremption ne pourrait, pas plus que son adversaire, invoquer un acte de la procédure éteinte; elle est anéantie pour le tout, et vis-à-vis de toutes les parties.]

(2) *Voy.* la définition de l'action dans notre introduction générale.

que le consentement du demandeur est censé donné par l'émission ou la production des actes ou jugements auxquels l'acquiescement a rapport. (Berriat, v° *Acquiescement;* Merlin, *Questions,* v° *Effets publics,* et *Rép.,* v[is] *Contrat judiciaire* et *Acquiescement.*)

Il en est de même de l'acquiescement à un acte ou à une série d'actes de procédure, ou à un jugement, acquiescement dont l'effet est d'opérer une fin de non-recevoir contre toute attaque dont ces actes seraient l'objet, puisqu'il contient à leur égard une adhésion qui forme contrat judiciaire (1).

Art. 402. Le désistement peut être fait et accepté par de simples actes, signés des parties ou de leurs mandataires, et *signifiés d'avoué à avoué.*

Tari. 71. — [Tar. rais., n[os] 300 et 301.] — C. civ., art. 1987 et suiv. — C. proc., art. 352 et suiv., 424. — [Devilleneuve, v° *Désistement,* n[os] 1 à 32. — Carré, *Compét.,* 2[e] part., liv. I[er], tit. III, art. 147, § 6. — Locré, t. 9, p. 244, n° 207, et p. 300, n° 62.] — (*Voy.* Formules 349 et 350.)

CCCXXX. Par la disposition ci-dessus, la loi écarte du désistement toutes formalités superflues, et de simples actes d'avoués suffisent pour le former, bien entendu lorsqu'il est donné après constitution d'avoué de la part du défendeur; car, s'il l'était antérieurement, il faudrait bien qu'il fût notifié par exploit à partie.

[1451 bis. ***En quoi consiste l'effet naturel et légal du désistement qui fait l'objet des art. 402 et 403 du Code de procédure civile?***

Le Code de procédure civile est destiné à tracer des règles pour l'introduction, la poursuite et la terminaison des instances; il n'a jamais été, il ne pouvait pas être dans la pensée de ses auteurs d'en établir aucune qui touchât directement le fond du droit.

De cette unique réflexion, suit la réponse qui doit être faite à la question proposée, savoir, que le désistement a pour effet d'anéantir l'instance, mais qu'il laisse subsister l'action; en d'autres termes, le désistement produit les mêmes effets que la péremption, qui n'est elle-même qu'un désistement présumé. (*V.* la *Question* 1468.)

Sans doute le mot *Désistement,* dans la généralité de son acception, comprend toutes sortes de renonciations que l'on peut faire à un droit, à une réclamation, à une prétention quelconque, et sous ce rapport, on peut également l'appliquer à l'abandon que ferait une partie de l'action qui lui appartient contre une autre. Mais, dans le sens du Code de procédure, ce n'est pas ainsi qu'il faut l'entendre. Sa signification est, nécessairement et par la force des choses, restreinte à l'abandon de la procédure qui avait pour objet l'exercice de l'action.

Cette vérité, qui s'appuie sur les principes les plus élémentaires, est pleinement confirmée par la disposition de l'art. 403 qui porte qu'après que le désistement aura été accepté, les choses seront remises de part et d'autre au même état qu'elles étaient avant la demande. Or, dit Pigeau, le demandeur avait l'action avant la demande, il la conserve donc après le désistement; cette conséquence nous paraît irrésistible.

Rien n'empêche le demandeur, s'il le croit convenable à ses intérêts, de renoncer même à l'action qui était le principe de son instance; mais comme ce n'est pas de cette renonciation que s'occupent nos art. 402 et 403; comme ce n'est pas à elle qu'ils ont donné le nom de désistement; comme leurs dispositions n'ont trait qu'à l'anéantissement volontaire de l'instance, fondé sur ce qu'elle avait été, soit irrégulièrement, soit incompétemment, soit intempestivement commencee, il s'ensuit que, toutes les fois que le désistement sera pur et simple, qu'il ne spécifiera point son objet, on ne devra y voir que la renonciation à l'instance et jamais la renonciation au droit. Pour que le défendeur puisse s'en prévaloir dans ce dernier sens, il sera nécessaire que l'intention du demandeur ait été manifestement exprimée dans l'acte.

C'est ainsi que l'enseignent Pigeau, *Proc. civ.,* t. 1, liv. II, part. 2, tit. V, chap. 3, sect. 1[re], art. 1[er], et *Comm.,* t. 1, p. 695, Favard, t. 2, p. 81, n° 7, Demiau, p. 292 et 293, Dalloz, t. 9, p. 169, n° 1, et Boitard, t. 2, p. 41 et suiv. Carré exprime aussi cet avis, *infrà,* au commentaire CCCXXXI, et à la note, et *Quest.* 1468. L'opinion de Thomine, n° 452, qui, voyant dans la détermination des effets du désistement une question de fait plutôt que de droit, laisse aux juges le soin d'apprécier la portée des termes dans lesquels il est conçu, ne doit être admise qu'en ce sens que les expressions particulières de l'acte pourront bien y faire voir un abandon de l'action, mais que si rien n'est particularisé, ses effets se borneront à l'abandon de la procédure.

De là il faut conclure que le désistement d'une procédure d'appel ne doit pas être regardé comme un acquiescement au jugement qui était l'objet de cet appel, quoique Merlin, *Rép.,* v° *Désistement d'appel,* § 1, enseigne le contraire. En fait, il arrive le plus souvent que cet acquiescement est la suite naturelle du désistement dont il s'agit, parce que celui-ci

(1) *Voy.,* au livre de l'appel, ce que nous disons du contrat judiciaire, en parlant de l'appel des *jugements d'expédient.* (Art. 152.)

n'arrive qu'après l'expiration du délai pendant lequel l'appel pouvait être valablement renouvelé. Mais, en droit, on ne peut établir cela comme un principe; autrement on priverait l'appelant qui viendrait à reconnaître l'irrégularité de son acte d'appel de la faculté de la réparer, ce qu'on ne peut raisonnablement lui refuser tant qu'il se trouve dans les délais. On verra plus tard les conséquences qui découlent de cette réflexion.

Analysons cependant la jurisprudence, relativement au point qui nous occupe.

Un arrêt de la cour de Paris du 22 juillet 1813 (Dalloz, t. 9, p. 184; Sirey, t. 14, p. 354), a jugé, contrairement à notre doctrine, que le désistement pur et simple anéantit l'action; mais cette décision, en opposition, comme on vient de le voir, avec notre système de procédure et avec l'enseignement de tous les auteurs, est combattue par un autre arrêt de la même cour du 18 mars 1811 (Dalloz, t. 9, p. 189), par ceux de la cour de cass. des 10 mai 1809 (Dalloz, t. 9, p. 184; Sirey, t. 9, p. 264), et 16 mai 1821, des cours de Rennes, 24 déc. 1829, et de Paris, 11 janv. 1832.

Il demeure donc certain que le désistement pur et simple ne produit que l'anéantissement de la procédure. Aussi la cour de cassation, le 22 janv. 1833 (Sirey, t. 33, 1re, p. 98), n'a-t-elle vu abandon de l'action dans un désistement que parce qu'il était donné à la suite et comme conséquence d'une transaction antérieurement passée entre les parties sur leurs prétentions respectives. Les circonstances dominaient et commandaient même cette décision.

Les 11 janv. et 14 mars 1837 (Sirey, t. 37, 1re, p. 645), la même cour n'a maintenu des arrêts qui avaient regardé un désistement comme fin de non-recevoir à une nouvelle instance, que parce que ce désistement renfermait explicitement une transaction sur le fond du droit.

Quant à son arrêt du 21 germ. an x (Dalloz, t. 9, p. 183; Sirey, t. 14, p. 191), souvent invoqué contre notre système, il est d'abord rendu sous l'empire des chartes du Hainaut, et il constate d'ailleurs qu'il y avait dans le désistement en question des expressions qui annonçaient que son auteur avait entendu renoncer à l'action : *ayant pris vue et inspection*, y était-il dit, *des titres qui lui sont opposés, le demandeur se désiste des fins et conclusions de sa requête.*]

1452. ***La faculté de donner un désistement n'appartient-elle qu'aux parties qui ont la libre disposition de leurs droits, ou qui n'agissent pas pour autrui?***

L'affirmative de cette question résulte, dit Berriat, *h. t.*, tit. V, § 1er, des effets que produit le désistement, et que nous ferons connaître sous quelques-unes des questions suivantes. Elle serait, d'ailleurs, fondée sur deux arrêts de la cour de cass., l'un du 15 juill. 1807 (*Rép.*, v° *Dot*, § 2, n° 7), l'autre du 14 fév. 1810 (Sirey, t. 10, p. 189), qui ont décidé qu'une femme autorisée à ester en jugement, soit par son mari, soit par justice, avait besoin d'une semblable autorisation pour se désister de l'instance, et par arrêt du 4 mars 1806 (Sirey, t. 6, p. 546), que le désistement fait par un mineur donne essentiellement lieu à restitution, lorsque ses adversaires ne prouvent pas qu'il n'a point été lésé par suite de ce désistement.

Mais Pigeau, liv. II, 2e part., tit. V, ch. 3, sect. 1re, art. 2, dit que « tout demandeur peut se désister de sa demande, soit qu'il ait agi pour lui-même, soit qu'en qualité d'administrateur il ait agi pour autrui, parce qu'il n'abandonne pas l'action, qui continue d'appartenir à l'administré. Il ne le pourrait cependant pas, si le désistement entraînait indirectement la perte de l'action, comme dans le cas où l'action qu'on pouvait exercer au moment de la demande, se trouve prescrite au moment du désistement. »

Les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 415, ceux du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 481, enfin, Demiau, p. 293, maintiennent, au contraire, qu'un tuteur, un administrateur ou autre personne qui soutient une instance pour l'intérêt d'un tiers, ne peut pas toujours, et surtout s'il s'agit d'une action immobilière, se désister de cette instance.

Nous nous rangeons à cette opinion, par la considération du préjudice que le mineur ou l'administré pourrait souffrir d'un désistement qui l'assujettit à des frais, et qui peut lui faire perdre les avantages d'actes de procédure qui pourraient lui être favorables (1).

[Les principes exposés sur la précédente question doivent nous guider pour la solution de celle-ci, et nous faire adopter l'opinion de Pigeau que ce savant auteur persiste à maintenir dans son *Comm.*, t. 1, p. 690.

Lorsqu'à propos des art. 402 et 403, C. proc., on demande quelles sont les personnes qui

(1) Au reste, c'est à la partie adverse à n'accepter le désistement qu'autant que le tuteur ou l'administrateur est autorisé à le donner dans la même forme qu'il était autorisé à interjeter la demande. (Rennes, 1er juin 1813; Brux., 23 nov. 1806; Sirey, t. 7, addit., p. 1242.)

Si d'ailleurs l'on pensait, comme Pigeau, que le désistement donné sans cette autorisation fût valable, du moins l'on conviendra que ceux qui agissent ainsi pour un tiers sont responsables envers lui du préjudice qu'il pourrait souffrir : c'est donc à eux à se faire eux-mêmes autoriser à cet effet. Ces observations tendent à prévenir toute difficulté sur la question qui nous occupe.

ont la capacité nécessaire pour faire un désistement, on doit nécessairement répondre : toutes celles qui ont pouvoir d'administrer, soit pour leur propre compte, soit pour le compte d'autrui.

En effet, puisque le désistement ne fait point perdre l'action, le fond du droit qui est en exercice, puisqu'il n'a d'autre but que d'anéantir une procédure ou vicieuse ou inutile, sauf à la remplacer par des poursuites plus régulières, il nous semble évident que c'est un acte de pure administration. Ce caractère peut-il être refusé à une démarche qui, sans compromettre en rien le fond du droit, se borne à donner une meilleure direction aux poursuites qui tendent à le réaliser?

Ainsi la femme séparée de biens, ou agissant pour ses biens paraphernaux, ainsi le mineur émancipé ou le majeur pourvu d'un conseil judiciaire, ainsi le tuteur agissant pour son pupille, auront, sans contredit, le droit de se désister d'une instance : peu importe qu'ils n'aient pu l'intenter sans l'autorisation, la première de son mari, le second de son curateur, le tuteur du conseil de famille, etc. L'intenter pouvait avoir des dangers sérieux, si le droit qu'il s'agissait de faire valoir n'était pas fondé; s'en désister est exempt de tout danger, puisque le droit se conserve.

Peu importe encore que ces personnes n'eussent pu, d'elles-mêmes et sans assistance ou autorisation, transiger sur les procès dont nous les déclarons capables de se désister. Car une transaction termine non-seulement l'instance, mais les prétentions respectives des parties; elle ne remet pas les choses au même état qu'elles étaient avant la demande, elle compromet ou elle règle à toujours le fond même du droit.

D'après ce que nous avons dit, le désistement n'opère point ce résultat : il laisse toujours subsister la faculté de recommencer l'instance sur de nouveaux errements.

On dira bien que le désistement qui paraît utile à la femme mariée, au tuteur, etc., peut ne pas l'être en réalité; et que, si on les en laisse seuls juges, on les expose à des frais et à un retard qui auraient pu être évités. Que suit-il de là, sinon qu'ils peuvent faire un acte d'administration mal entendu? ils en subiront les conséquences, soit dans leurs biens, soit dans leur responsabilité, comme de tous ceux que la loi leur permet ou leur attribue.

Dira-t-on encore que, le désistement une fois opéré, l'instance ne veille plus pour la conservation du droit, et que, si on néglige de la recommencer dans le délai utile, le droit pourra se perdre? Mais l'autorisation de l'intenter, accordée par le mari à sa femme, par le conseil de famille au tuteur, n'était pas pour eux une obligation de le faire. Ils pouvaient le négliger avant le premier exploit; ils peuvent le négliger depuis le désistement. Les conséquences de la seconde négligence ne seront pas pires que celles de la première. Le mari, le conseil de famille, prohibent ou permettent; ils n'ordonnent point; la femme et le tuteur sont libres, l'une dans son intérêt, l'autre sous sa responsabilité, d'user de la permission; par conséquent, ils sont libres aussi d'y renoncer après avoir commencé à en profiter.

Faisons toutefois observer que, puisque notre décision est fondée sur le principe que le désistement ne compromet pas le fond du droit, il faudrait décider autrement dans le cas où la perte du droit serait indirectement la suite d'un pareil acte. Or, il en serait ainsi dans le cas où, le délai de la prescription s'étant accompli depuis l'exploit introductif, il n'y aurait plus moyen, cette première instance anéantie, d'en recommencer une autre. Et c'est la remarque que fait Pigeau, *ubi suprà*.

Dans ce cas, en effet, le désistement ne serait plus un pur acte d'administration, ce serait bien réellement un acte d'aliénation qu'un incapable ou un administrateur ne peut pas faire.

Favard, t. 2, p. 79, n° 1, Dalloz, t. 9, p. 169, n°s 1 et suiv., et Thomine, n° 449, refusent néanmoins aux incapables et aux administrateurs le pouvoir de se désister. Thomine le refuse surtout au mineur émancipé, à la femme mariée, etc., sous prétexte qu'ils ne peuvent transiger. Cette raison et toutes celles dont s'appuient les auteurs cités sont suffisamment combattues par ce que nous venons de dire.

Quant à la jurisprudence, il est facile de montrer qu'elle n'offre pas un seul monument sensiblement contraire à notre doctrine (1), pas même ceux qu'on nous oppose et qui sont cités par Carré.

Il n'en faut donc rien conclure contre notre décision, car les désistements que ces arrêts ont déclarés sans valeur portaient, ou expressément ou indirectement, sur le fond du droit, ainsi ce n'est pas notre espèce qu'ils ont jugée.

Dans l'espèce du 15 juillet 1807, en se désistant de son pourvoi en cassation, la femme avait acquiescé au jugement attaqué. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 691, fait observer que, dans celle du 14 fév. 1810, il y avait, ainsi que le portent les motifs, de violents indices de dol de la part du mari; que ce dol paraît avoir déterminé les juges; que d'ailleurs

(1) [Nous voulons parler de la jurisprudence française; car la cour de Bruxelles a jugé textuellement, le 27 nov. 1823 (J. de B., t. 1 de 1824, p. 393), que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne pouvait se désister seul de l'instance. Les motifs de cet arrêt sont les mêmes que ceux que nous venons de réfuter.]

il résulte de l'espèce que la femme s'était désistée, non-seulement de sa demande, mais même de son action. Le désistement fait par un mineur, dont s'occupe l'arrêt du 4 mars 1808, portait sur sa collocation dans un ordre, c'était donc la renonciation à un droit, à une sûreté et non pas seulement à une procédure, puisque celle qu'on avait faite pour obtenir la collocation ne pouvait pas être recommencée. Enfin dans les espèces citées par Carré à la note, il s'agissait du désistement d'une procédure d'appel, fait après l'expiration du délai pendant lequel il aurait pu être renouvelé, et qui, par conséquent, entraînait l'acquiescement au jugement. Ainsi, dans aucun de ces cas, l'on ne voit le désistement dont nous parlons, celui qui est réglé par les art. 402 et 403 du Code de proc. civ.

Il en est de même des arrêts de la cour de Toulouse, 21 mars 1832 (Sirey, t. 32, p. 331), et de la cour de cass., 12 fév. 1828 (Sirey, t. 28, p. 356); il s'agit encore là d'un désistement d'appel emportant acquiescement à la sentence attaquée.

Enfin on explique de la même manière les arrêts de la cour de cass. des 6 fév. 1816 (Dalloz, t. 9, p. 173, et t. 22, p. 419, Sirey, t. 18, p. 205), 5 janv. 1834, et de la cour de Caen, 15 déc. 1826 (Sirey, t. 27, p. 190).

Nous n'invoquerons pas en faveur de notre système les arrêts de Grenoble, 26 août 1825, Bordeaux, 3 juillet 1829 (Sirey, t. 29, p. 298), et Nancy, 15 nov. 1831 (Sirey, t. 33, p. 134), qui ont validé des désistements faits par un tuteur dans la cause de ses mineurs, par un préfet dans celle de l'État, par un interdit dans la sienne propre; et nous ne les invoquerons pas, parce que ces espèces étaient placées dans les mêmes conditions que les précédentes et que d'ailleurs les solutions ont été déterminées par des principes particuliers et étrangers à la matière qui nous occupe.

Mais nous ne pouvons nous empêcher de citer, pour l'improuver, une décision de la cour de Colmar du 3 août 1839, d'après laquelle l'autorisation serait nécessaire à une commune pour accepter un désistement; il nous paraît beaucoup plus étrange encore d'exiger l'autorisation pour l'acceptation que de l'exiger pour le désistement; l'acceptation ne pouvant que profiter à celui qui en est l'auteur, à moins toutefois qu'il n'en résultât la renonciation à quelque demande incidente ou reconventionnelle, ce qui n'avait pas lieu dans l'espèce.

Faisons observer, en finissant, que le désistement d'une instance relative à une question d'état est valable, d'après un arrêt de la cour de Paris du 3 juill. 1812 (Sirey, t. 14, p. 42), quoiqu'en pareille matière on ne puisse transiger, ce qui est une considération de plus en faveur de notre système. La cour de Caen n'a pas jugé le contraire, le 5 déc. 1826, puisqu'il s'agissait d'une instance d'appel d'un jugement de séparation de corps, et que le désistement produisait acquiescement à ce jugement.]

1453. *Si toute personne jouissant de ses droits peut se désister d'une instance dans laquelle elle est personnellement intéressée, n'est-il pas néanmoins un cas dans lequel un tiers pourrait s'opposer à ce désistement?* [Quid *de l'intimé qui a relevé, ou qui veut relever appel incident?*]

Un arrêt de la cour de Paris, du 8 août 1809 (Dalloz, t. 9, p. 187; Sirey, t. 14, p. 437), nous fournit un exemple d'un cas où une partie a été jugée fondée à s'opposer au désistement d'une autre.

Il était question de statuer sur un appel principal et sur un appel incident; la partie qui avait interjeté le premier s'en était désistée, afin de faire tomber l'appel incident de son adversaire; celui-ci s'opposait au désistement, et l'arrêt que nous venons de citer a accueilli cette opposition, et prononcé conséquemment, malgré le désistement, tant sur l'appel principal que sur l'appel incident.

Il suit de cet arrêt que, si toute personne jouissant de ses droits peut se désister d'une instance qu'elle a introduite, ce principe est sujet à une exception dans le cas où cette instance est, pour la partie adverse, l'origine d'un droit qu'il lui est avantageux de conserver.

C'est par suite de ce principe que la cour de Paris, par arrêt du 24 fév. 1806 (Dalloz, t. 9, p. 200; Sirey, t. 6, p. 219), et celle de Rennes, par arrêt du 19 janv. 1814, ont prononcé qu'un créancier avait pu demander la nullité d'un désistement consenti par son débiteur, en fraude de ses droits. (V. *Jurispr. des cours souv.*, t. 3, p. 255.)

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 694, Favard, t. 2, p. 81, n° 6, Dalloz, t. 9, p. 181, n° 2, et Thomine, n° 449, enseignent aussi avec raison que le désistement ne peut être fait par le demandeur, au préjudice des droits d'un tiers, en sorte que, malgré ce désistement, le tiers frustré peut reprendre et continuer l'instance pour son propre compte. C'est une application de l'art. 1166, C. civ., que la cour de cassation a encore sanctionnée, le 30 août 1825, en décidant que le désistement du demandeur principal ne pouvait être opposé à l'intervenant. C'est encore en vertu du même principe qu'il a été décidé, par la cour de Nancy, le 2 mars 1818 (Dalloz, t. 24, p. 353; Sirey, t. 18, p. 289), que lorsque le créancier qui poursuit une saisie immobilière s'est désisté, le tribunal ne peut en ordonner la radiation qu'en présence des autres créanciers. (*Voy.* sur le droit qu'ont les tiers d'intervenir dans l'instance qui intéresse leur débiteur, les *Quest.* 1270 et suiv., *suprà*, p. 129 et suiv.)

Quant au droit qui reste à l'intimé de faire juger son appel incident malgré le désistement de l'appel principal, il a été encore reconnu par les cours de Rennes et de Metz, 19 janv. et 15 juin 1814, Paris, 29 déc. 1825 et 24 fév. 1826, Aix, 2 fév. 1820, et Lyon, 3 fév. 1830 (Sirey, t. 31, p. 251), et par la cour de cass., le 23 nov. 1836.

Mais il faut, pour cela, et tous les arrêts précités le supposent, que l'appel incident soit antérieur au désistement de l'appel principal. Car, une fois celui-ci anéanti, l'autre n'aurait plus de base; ainsi l'ont jugé les cours de Douai, 5 juill. 1819, de Rennes, 16 mai 1820 (Dalloz, t. 9, p. 191), de Poitiers, 16 janv. 1824, et de Montpellier, 23 mai 1828 (Sirey, t. 29, p. 26).

A moins toutefois que l'intimé déclare ne pas accepter le désistement et qu'il n'y soit point contraint par justice (voy. *Question* 1459 *bis*); car il ne peut avoir d'effet qu'après cette acceptation. Tant que l'acceptation (1) n'a pas eu lieu, l'appel incident peut encore être valablement relevé (Amiens, 15 déc. 1821, Dalloz, t. 2, p. 159, Sirey, t. 22, p. 305, Bordeaux, 21 août 1827, Sirey, t. 27, p. 214, et Bourges, 9 mars 1830, Sirey, t. 30, p. 297) (2); il le peut aussi, après un désistement irrégulièrement signifié, comme serait celui qu'on aurait signifié à la partie et non à son avoué. (Montpellier, 31 juillet 1821; Dalloz, t. 9, p. 196; Paris, 3 juin 1825; Sirey, t. 25, p. 270.) Mais, dans ces divers cas, l'appelant principal rentre dans le droit de donner suite à son appel, comme l'a jugé l'arrêt précité de la cour d'Amiens. Le désistement est un contrat; si l'une des parties n'y consent pas, il ne peut être opposé à l'autre. Cette doctrine est enseignée par Thomine, n° 497, et Talandier, *Traité de l'Appel*, n° 382. (*V.* d'ailleurs la *Quest.* 1580, au titre *de l'Appel*.)

Au reste, si un appel incident est déclaré non recevable, pour avoir été fait postérieurement au désistement de l'appel principal, rien n'empêche celui qui l'avait interjeté de le transformer à son tour en appel principal, s'il se trouve encore dans les délais, ainsi que l'a jugé la cour de Brux., le 8 mars 1828 (J. de B., t. 1 de 1828, p. 234). Et d'ailleurs, il a été décidé par la cour de Montpellier, le 31 juill. 1821 (Dalloz, t. 9, p. 196), et par la cour de Paris, le 18 fév. 1826, que, lorsqu'un appel incident et un désistement ont été signifiés de part et d'autre, le même jour, sans que rien prouve la priorité de l'un de ces actes, l'appel incident est recevable. (V. *suprà, Quest.* 1447.)]

1454. ***Lorsqu'il y a plusieurs parties en cause, l'une d'elles peut-elle se désister sans le secours des autres, et si elle le peut, son désistement peut-il préjudicier à ses colitigants?***

On ne saurait douter qu'une partie ne peut être empêchée de se désister, parce qu'elle se trouverait en cause avec d'autres parties qui persisteraient à poursuivre l'instance; mais il est à remarquer qu'en ce cas son désistement ne peut nuire à celles-ci. Par exemple, dans une demande immobilière formée collectivement, mais qui est divisible dans son résultat, si une ou plusieurs parties se désistent, ce désistement n'empêchera pas que ceux qui sont restés en cause ne profitent de la portion qui sera jugée leur appartenir dans la chose litigieuse. Ainsi, trois héritiers poursuivent leur débiteur commun à fin de payement d'une somme d'argent; l'un peut se désister valablement sans la participation des autres, qui pourront poursuivre l'instance à l'effet d'obtenir la portion qu'ils se prétendent fondés à réclamer. C'est l'esprit de l'art. 1217, C. civ., dit Hautefeuille, p. 211, en citant un arrêt de la cour de cass., du 16 janv. 1811 (Sirey, t. 11, p. 143).

Si, au contraire, la chose est indivisible; si, par exemple, plusieurs héritiers ayant formé conjointement une demande pour réclamer, sur un héritage voisin, une servitude de vue, de passage, l'un d'eux se désiste, alors, disent les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 483, il est évident que ce désistement ne pourra diminuer en rien les droits des autres héritiers, et que, s'ils gagnent leur cause, ils jouiront de la totalité du droit de vue ou du passage.

Les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 418, supposent trois héritiers qui revendiquent un objet mobilier non susceptible de division. Le désistement de l'un, disent-ils, ne peut préjudicier à la réclamation des autres; mais le débiteur poursuivi, s'il succombe, demeure subrogé aux droits de celui des demandeurs qui s'est désisté : c'est, en effet, ce qui résulte de l'art. 1224 du Code civil, et nous adoptons entièrement l'opinion de ces auteurs.

[Ces décisions sont approuvées avec raison par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 690, Favard, t. 2, p. 81, n° 6, et Dalloz, t. 9, p. 182, n° 11.

On peut citer, comme analogues, celles de la cour de Grenoble, 14 fév. 1822 (Dalloz, t. 22, p. 290), qui déclare que l'une des parties demanderesses en péremption ne peut, en se désistant de sa demande, priver les autres de la

---

(1) [Si le refus d'une acceptation est réputé mal fondé par le tribunal d'appel, l'effet du désistement remonte au jour où il a été signifié.]

(2) [L'intention où serait l'intimé de relever un appel incident ne serait pas un motif légitime de refus; et, s'il n'en avait pas d'autre, il devrait être condamné aux dépens, et son appel incident déclaré non recevable. (Rennes, 16 mai 1820; Dalloz, t. 9, p. 191.)]

poursuivre, et celle de la cour de cass., du 19 avril 1826 (Sirey, t. 27, p. 198), qui a jugé que, quoique l'appel interjeté par les syndics profite au failli, néanmoins leur désistement fait au nom seulement de la masse des créanciers n'empêche pas le failli de suivre l'instance d'appel en son nom personnel, enfin l'arrêt du 30 août 1825, déjà indiqué sous la précédente question.

En matière indivisible, de même que le désistement de l'un des demandeurs n'empêche pas les autres de continuer le procès pour le tout, de même aussi le défaut d'acceptation du désistement de la part de quelques-uns des défendeurs, met obstacle à ce que ce désistement produise effet et forme contrat judiciaire à l'égard de ceux qui l'ont accepté. (Pau, 17 avril, et Colmar 3 août 1837; Sirey, t. 38, p. 299.) Ces deux solutions corrélatives sont fondées sur l'impossibilité qu'il y aurait, en pareille matière, de terminer le procès pour partie.]

[1454 bis. *Le désistement donné devant une cour de l'action en revendication formée par un tiers, relativement à des biens indûment compris dans une saisie immobilière, peut-il être opposé à l'adjudicataire qui, loin d'interjeter appel du jugement qui annule son adjudication, déclare au contraire s'en tenir à ce qui a été jugé?*

Non, a dit la cour de Paris, le 20 juillet 1826, parce que l'adjudicataire n'ayant pas relevé appel du jugement qui le condamnait, ce jugement était passé à son égard en force de chose jugée, et que nul, par conséquent, ne pouvait le priver du bénéfice qu'il y trouvait.

V. nos principes, en matière de garantie, à notre *Quest.* 1581 *quater*.]

1455. ***Peut-on se désister d'un acte de procédure isolé, sans se désister de l'instance?***

Oui, sans doute, et c'est ce qui se pratique tous les jours de la part des avoués qui auraient à prévenir des condamnations ou des frais en réparant des actes défectueux; mais de pareils désistements ne sont point assujettis aux règles et aux formalités de ceux qui portent sur l'instance entière; ils se font, soit dans l'acte qu'on substitue à celui que l'on veut supprimer, soit dans un dénoncé libellé, etc.... On sent qu'en ces circonstances l'avoué n'a besoin ni de la signature de la partie, ni de son pouvoir spécial, puisqu'il ne s'agit que de réparer des vices de forme; celui qu'il a reçu pour conduire l'instance lui suffit. (*V.* Demiau, p. 293.) Ce ne serait que dans le cas où ce désistement partiel contiendrait des actes de la nature de ceux mentionnés en l'art. 352, que l'avoué aurait besoin d'un pouvoir spécial, afin d'éviter l'action en désaveu. On sent aussi que le désistement d'un acte isolé n'empêcherait pas la partie adverse de s'en prévaloir, s'il contenait des aveux ou consentements, etc., ou de tirer de ce désistement telles inductions qu'elle jugerait convenable. Mais ici tout dépend des circonstances (1).

Ces observations avertissent que les questions qui vont être examinées ne se rapportent qu'au désistement de l'instance entière, seul objet du titre qui nous occupe.

[Cette doctrine qui est aussi la nôtre et celle de Dalloz, t. 9, p. 169, nos 3 et suiv., a été sanctionnée par la cour de Douai, le 3 juin 1835. Son arrêt décide qu'un avoué a pu valablement, sans la signature ni le mandat spécial de la partie, se désister d'un acte d'opposition à un jugement par défaut et le remplacer

---

(1) L'avoué ne nous semble avoir besoin de pouvoir spécial, qu'autant que l'acte serait de nature à établir, en faveur de la partie, la reconnaissance expresse d'un droit.

Il en serait de même d'un chef de conclusions dont l'avoué se désisterait dans le cours de l'instance, ainsi qu'il arrive tous les jours. Nous estimons, néanmoins, qu'il y aurait lieu à désaveu, suivant les circonstances, si ce chef de conclusions était essentiel et compris dans l'exploit d'ajournement; c'est ce qui semble résulter d'ailleurs d'un arrêt de la cour de Brux. du 29 juin 1808 (Sirey, t. 16, p. 9), en ce qu'il décide que le désaveu ne serait pas recevable, si le désistement ayant été donné à l'audience, en présence de la partie, celle-ci ne s'y fût pas opposée : d'où suit qu'il le serait en toute autre circonstance.

[Les 4 août 1808 et 16 mars 1814, la cour de Besançon et la cour de cassation ont aussi décidé que la partie qui a assisté à l'audience, et ne s'est pas opposée au désistement d'un chef de demande donné par son avocat, ne peut pas exercer d'action en désaveu.

La rigueur des principes amène sans doute à cette décision, car, lorsqu'un avocat est assisté de la partie, celle-ci est censée parler par sa bouche et dire elle-même tout ce qu'il dit, surtout si elle ne le contredit point : mais cette fiction suppose que la partie est douée d'une assez grande intelligence des affaires pour saisir parfaitement toute la portée des paroles de son défenseur. Or, combien n'y en a-t-il pas qui, présentes à l'audience, demeurent, faute de comprendre, tout à fait étrangères à ce qui s'y passe? Il serait donc bien rigoureux d'attribuer toujours leur silence à une approbation complète, et d'en faire une fin de non-recevoir contre leur action en désaveu. Ce sera aux tribunaux à apprécier la valeur des diverses circonstances, et nous croyons qu'un jugement qui aurait admis, par de semblables considérations, le désaveu d'une partie, malgré sa présence à l'audience, ne serait pas sujet à cassation.

La cour de Grenoble, disent les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 343, voulait que les parties qui avaient assisté au jugement du procès ne pussent point, dans la suite, former le désaveu, à moins qu'elles n'eussent fait quelques réclamations à l'audience. Cette opinion n'a point été prise en considération par les législateurs.]

par un acte d'appel, attendu qu'il s'agissait là du désistement d'un acte isolé de procédure et non pas du désistement de l'instance qui, seul, est soumis aux formalités de l'article 402.

Au reste, l'on sent que, si un pareil désistement n'avait pour but que de proroger un délai que l'acte retiré avait commencé à faire courir, la partie adverse pourrait s'y opposer, si son intérêt le commandait. (Voy. *Question* 1459 *bis*, et un arrêt de la cour de Limoges, du 22 juin 1822, qui le décide ainsi, à l'égard de la signification du jugement qui ordonne une enquête.)]

1456. *Le désistement doit-il, à peine de nullité, être signé des parties ou de leurs mandataires spéciaux?* [*Alors même qu'il n'est pas fait en la forme de l'article* 402?]

Nous remarquerons d'abord que le Code ne dit point que le mandataire sera muni d'un pouvoir spécial; mais il paraît, dit Berriat, *h. t.*, note 6, qu'à raison de l'importance de l'acte, telle a été l'intention du législateur; c'est aussi ce que supposent tous les auteurs.

Il est bien certain que l'avoué, muni d'un semblable pouvoir, peut signer le désistement, sous la double qualité de mandataire et d'avoué, mais s'il ne le signe que sous la dernière, et en vertu du pouvoir général qui lui est donné pour diriger la procédure, nous croirions que la nullité du désistement pourrait être prononcée par le motif que la loi, ayant exigé que le désistement fût signifié par la partie ou par son mandataire, a nécessairement parlé d'un mandataire *ad hoc;* autrement elle eût déclaré qu'à défaut de signature de la partie, celle de l'avoué suffirait, ou plutôt elle n'aurait pas exigé la première.

Nous concluons de là que le désistement qui n'est pas signé par la partie, ou par son mandataire, fondé de pouvoir spécial, est nul, parce que cette signature est une condition essentielle de la validité de l'acte. Telle est aussi l'opinion de Pigeau, t. 1, p. 316, n° 448, et de Berriat, *h. t.*, note 7. (*V.* la *Quest.* 1350.) Hautefeuille, p. 212, paraît d'un sentiment contraire.

Il y aurait également nullité si l'avoué, pour suppléer au défaut de signature, avait mentionné dans l'acte des causes qui empêcheraient la partie de signer; il n'a aucune qualité pour suppléer au defaut de cette signature : en un mot, elle est indispensable, si elle n'est suppléée par celle d'un mandataire spécial. (V. *Quest.* de Lepage, p. 264.) (1).

[Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, 2e part., tit. V, chap. 3, n° 3, Favard, t. 2, p. 80, n° 3, Dalloz, t. 9, p. 174, nos 1 et 2, Thomine, n° 450, et Boitard, t. 2, p. 45, partagent, ainsi que nous, l'opinion de Carré sur la nécessité de la signature des parties, ou de la spécialité du mandat en faveur de celui qui signerait pour elles. Mais c'est à tort que Pigeau et Favard veulent que ce mandat soit donné en forme authentique. Pour le désaveu, la loi l'a bien exigé, à cause des conséquences; mais ce motif n'existe plus pour le désistement.

Un grand nombre d'arrêts ont prononcé la nullité d'actes de désistement non signés de la partie. Ce sont les arrêts des cours de Brux., 25 mai 1810 (Sirey, t. 14, p. 350), Amiens, 2 juin 1821 (Dalloz, t. 9, p. 178), Lyon, 14 déc. 1810 (Dalloz, t. 9, p. 187), Besançon, 17 fév. 1820 (Dalloz, t. 9, p. 174), et Lyon, 31 juin 1831. La cour de Besançon a même annulé, le 20 fév. 1807, celui qu'avait signé l'avoué parce qu'il ne représentait pas la procuration spéciale donnée à cet effet par la partie. Le mandat *ad lites* n'est pas en effet suffisant pour lui octroyer le pouvoir de signer un désistement, pas plus qu'il ne le serait d'après la cour de cass., 28 juillet 1824 (Sirey, t. 24, p. 351), pour lui donner qualité de recevoir, au nom de la partie qui aurait succombé, le désistement du bénéfice du jugement, de la part de celle qui aurait obtenu gain de cause.

Mais, comme la nullité résultant de cette sorte d'irrégularité n'est pas d'ordre public, les parties peuvent renoncer à la proposer et elles sont censées l'avoir fait par leur silence, en sorte qu'elles seraient irrecevables à s'en prévaloir en appel, après l'avoir négligée en première instance. (Rennes, 24 déc. 1829).

Un seul arrêt, émané de la cour d'Orléans, le 2 mai 1823 (Dalloz, t. 1, p. 110), a refusé de voir la nullité dans la disposition de l'article 402 du Code de proc. civ., mais il a été rendu à l'occasion d'un acte d'acquiescement, et l'on peut bien soutenir que les règles du désistement ne sont pas communes à l'acquiescement. Il n'y a donc aucune conséquence à tirer de cet arrêt pour la question actuelle.

Si la nécessité de la signature des parties ou de leurs mandataires spéciaux est universellement admise pour l'acte du désistement qui a lieu dans la forme de l'art. 402, il n'y a pas semblable unanimité pour le cas où une autre forme a été employée.

La cour de Toulouse a décidé, le 3 fév. 1832 (Sirey, t. 32, p. 601) que, lorsque le désistement est signifié par acte d'huissier, il est valable quoique non signé.

La signature, dit-on, dans l'intérêt de ce système, n'est exigée par l'art. 402 que pour la forme d'acte dont il s'occupe; or, cette forme est facultative; toute autre peut être adoptée,

(1) Mais on pourrait, par un acte subséquent, réparer l'omission de la signature. (Aix, 3 mars, 1807; Sirey, t. 14, p. 438.)

et rien n'annonce que la signature soit également une condition essentielle de celle-ci. Il était naturel de l'exiger lorsque le désistement avait lieu par acte d'avoué, parce que l'avoué remplissait en cela un ministère directement opposé à la nature de ses fonctions : il n'y a plus lieu de le faire, lorsqu'on se sert de celui d'un huissier, qui est mandataire forcé pour toutes espèces d'actes. Mais ce raisonnement, qui sans doute n'aurait pas entraîné la décision de la cour de Toulouse, s'il ne se fût trouvé, dans l'espèce, une ratification tacite du désistement non signé, ne peut balancer l'argument qui se tire pour l'opinion contraire du principe que nul autre que la partie ne peut renoncer à ses droits ou à ses prétentions, s'il n'y est spécialement autorisé. Et, d'après l'art. 352, C. proc., n'est-il pas évident que l'huissier qui signifierait un désistement par acte extrajudiciaire s'exposerait à un désaveu, s'il ne rapportait la signature du désistant ou son mandat spécial?

Nous pensons donc que cette signature ou ce mandat sont nécessaires au désistement, lors même qu'il n'a pas lieu dans la forme de l'art. 402. Telle paraît être aussi, quoiqu'ils ne s'en expriment pas d'une manière bien explicite, l'opinion des auteurs cités plus haut, puisqu'ils n'exemptent de cette nécessité que le désistement fait et reçu verbalement à la barre du tribunal, parce qu'alors l'attestation des juges supplée à l'authenticité de la signature pour constater le consentement des parties. (*Voir* la *Quest.* 1458.) Telle est enfin celle de la cour d'Agen qui, par arrêt du 28 janv. 1833 (Sirey, t. 33, p. 149), a décidé que le désistement d'un appel fait par acte d'huissier doit, comme s'il était fait par acte d'avoué, être signé de l'appelant.

L'abandon d'une partie de ses prétentions, par l'acquiescement que donne le demandeur aux offres de son adversaire, ou par une simple modification de conclusions qu'autorise l'art. 33 du décret du 30 mars 1808, n'est pas un désistement dans le sens de notre art. 402; et la cour de Bordeaux, le 14 juin 1838, et celle de Poitiers, le 5 avril 1837, ont jugé que les dispositions du Code de procédure ne lui étaient pas applicables, et qu'il pouvait être valablement contenu dans un acte d'avoué non signé de la partie. Il y a une décision analogue dans l'arrêt de la cour de Lyon du 30 juin 1831.]

1457. *Faut-il que le désistement soit signé tant sur l'original que sur la copie?*

La signature, dit Pigeau, t. 1, p. 516, n° 448, doit être apposée principalement sur la copie signifiée à l'adversaire, laquelle forme, en ses mains, la preuve du désistement; mais s'il est à propos, ajoute-t-il, que l'avoué fasse également signer l'original, cette dernière signature n'est pas rigoureusement nécessaire. En effet, il n'y a que la copie qui tienne lieu de titre à la partie à laquelle le désistement est signifié : elle doit donc être revêtue de la formalité exigée pour la validité de cet acte.

Il est donc indispensable que la copie soit signée (Berriat, *h. t.*, note 7), et, si elle ne l'était pas, on ne pourrait dire que la signature sur l'original fût suffisante. C'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Brux. du 23 mai 1810 (Sirey, t. 14, p. 350). Il en est d'ailleurs une raison décisive; c'est que si l'original seul était signé, on pourrait, en le supprimant, ôter à l'adversaire le moyen de prouver que le désistement lui a été valablement proposé.

Mais on sent que cet inconvénient n'est plus à craindre si la copie réfère la signature apposée sur l'original; aussi pensons-nous qu'en cette circonstance, on ne pourrait arguer le désistement de nullité, sans que la partie intéressée s'inscrivît en faux.

[Favard, t. 2, p. 80, n° 3, et Dalloz, t. 9, p. 175, n° 4, approuvent toutes ces solutions. Nous nous y rangeons également, avec cette seule restriction que la signature nous paraît aussi essentielle sur l'original, dans l'intérêt du désistant, qu'elle l'est sur la copie, dans l'intérêt de sa partie adverse. Si celle-ci, en effet, a besoin d'un titre au moyen duquel elle puisse constater l'existence du désistement et l'opposer au demandeur qui viendrait à s'en repentir et à le nier, le demandeur, de son côté, peut être dans la nécessité de l'opposer au défendeur, qui, voulant continuer l'instance, se bornerait à supprimer la copie qu'il a reçue. On sent qu'alors le désistant devant avoir en sa possession un original en règle, on ne pourrait pas objecter qu'il serait loisible à celui qui se désiste de mettre l'original en règle dès qu'il pourrait en avoir besoin, parce que la signification d'un acte n'est que la reproduction de cet acte, et que toute expression ou forme nouvelle lui ôterait le caractère spécial de copie signifiée et le transformerait en original *in parte quâ*, ce qui ne peut pas être. C'est la partie elle-même ou son mandataire qui sont chargés de reproduire sur la copie ce qui est (quant à la signification) sur l'original; en cette circonstance, ils viennent augmenter l'autorité de l'officier ministériel. Soutiendrait-on qu'un acte signifié n'a besoin d'être signé par un huissier que sur la copie? Toutes les règles relatives à la conformité de la copie et de l'original reçoivent ici leur application.

En fait, la partie qui s'est désistée pourrait être dans l'impossibilité de régulariser son désistement, ou parce qu'elle aurait perdu l'usage de l'écriture par un accident quelconque, ou parce qu'elle aurait cédé tous ses droits; et enfin, si elle était morte, ses héritiers n'auraient à faire valoir qu'un acte imparfait.

Il y a plus, nous pensons que l'acte du désistement, une fois signifié, ne pourrait plus être revêtu de la signature de la partie, sans qu'il y eût un faux commis par elle.

Ce serait là une addition à un acte consommé.]

1458. *Le désistement et l'acceptation peuvent-ils être faits de toute autre manière que celle indiquée par l'art.* 402?

L'affirmative paraît résulter de ce que l'article est conçu en termes facultatifs : *le désistement, comme l'acceptation* PEUT, *etc.*, et non *doit, etc.*; il peut dont être fait de différentes manières, par exemple, à l'audience, en présence du juge qui en peut décerner acte; mais il faut que le demandeur et le défendeur se trouvent à l'audience en personne ou par des mandataires : alors leur présence est constatée par le juge, et sans qu'il soit besoin de signatures.

Le contrat judiciaire est formé, parce qu'aucune loi n'exigeant que les parties ou leurs fondés de pouvoir signent leurs dires ni les arrangements qu'ils font à l'audience, l'intervention du tribunal, qui atteste et consacre ces arrangements, supplée éminemment les signatures (1).

[Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part. 2, tit. V, ch. 3, sect. 1re, art. 3, 3°, Favard, t. 2, p. 79, n° 2, Dalloz, t. 9, p. 175, nos 3 et 5, Thomine, n° 450, et Boitard, t. 2, p. 45, enseignent, avec raison, la même doctrine. (Voy. *infrà*, notre *Quest.* 1465.)

La forme indiquée par Carré a été suivie par la cour de Limoges, le 17 juillet 1816 (Dalloz, t. 9, p. 177).

Est également valable le désistement consigné dans un procès-verbal dressé par un juge de paix incompétent, pourvu qu'il soit signé des parties (Turin, 23 juin 1807);

Ou dans un exploit d'offres réelles faites pour obéir aux condamnations prononcées par le jugement de première instance (Nîmes, 27 mars 1817; Dalloz, t. 9, p. 190);

Ou par acte d'huissier (Agen, 28 janv. 1833, Sirey, t. 33, p. 149, Besançon, 8 mai 1816, et autres arrêts cités sur la *Quest.* 1456);

Surtout en matière commerciale où la signification entre avoués ne peut avoir lieu (Paris, 25 mars 1814; Dalloz, t. 2, p. 312);

Ou par acte notarié signifié à la partie adverse; la mainlevée d'une saisie-arrêt, ainsi donnée et notifiée, emporte désistement de l'instance en validité. (Amiens, 11 août 1826.)

Il ne résulte pas de l'arrêt de la cour de Montpellier du 31 juillet 1831, que le désistement doive, pour être valable, être fait par acte d'avoué à avoué. L'art. 402 étant facultatif, il était impossible d'y voir des dispositions limitatives; mais la cour a jugé que la signification à l'avoué était nécessaire pour empêcher la procédure de continuer. C'est une question de bonne foi, qui consiste à décider si la partie au domicile de laquelle le désistement a été signifié, a eu le temps d'en avertir son avoué.

Mais il est sensible que, signifié à l'avoué de première instance, le désistement de l'appel n'aurait aucune valeur, puisque cet avoué n'est plus rien dans la cause. (Nîmes, 20 mars 1812.)

Le désistement d'ailleurs ne se présume pas; il faut qu'il soit clairement exprimé. On ne pourrait donc voir un désistement tacite d'une instance en séparation de corps dans l'introduction simultanée d'une instance en séparation de biens; ainsi jugé implicitement dans une espèce où il s'agissait d'un divorce, par arrêt de la cour de Paris du 1er messidor an XII (Sirey, t. 4, p. 161). Il n'y aurait pas non plus désistement d'un appel incident dans l'obtention d'un arrêt par défaut pur et simple contre l'appelant principal. (Rennes, 26 juin 1810.)

On ne pourrait pas non plus faire résulter un désistement de la simple intention manifestée, ou du conseil donné par lettre de se désister (Besançon, 12 mars 1807, et Bourges, 28 fév. 1829);

Ni soutenir qu'une partie s'est désistée de l'assignation donnée à sa requête, lorsqu'elle donne surabondamment une nouvelle assignation en maintenant la validité de la première. (Cass., 27 avril 1813; Sirey, t. 13, p. 387.)

Toutefois, si une partie formait une demande incompatible avec celle qu'elle aurait déjà intentée, par exemple, si un failli, après avoir actionné ses créanciers en homologation du concordat, formait plus tard une demande en cession de biens, il serait bien censé se désister de la première, comme l'a reconnu la cour de Paris, le 22 janv. 1808 (Sirey, t. 8, p. 57).]

1459. *Quand le désistement a été fait par acte d'avoué à avoué, le défendeur qui l'accepte peut-il, au lieu de signifier son acceptation de la même manière, demander qu'il lui soit décerné acte à l'audience ?*

Deux arrêts de la cour de Brux., l'un du 20 avril 1809 (Sirey, t. 12, p. 338), l'autre du 25 mai 1810 (Sirey, t. 14, p. 350), un arrêt de

(1) Telle est la solution qui nous paraît dériver d'un arrêt de la cour de cass. du 3 oct. 1808 (Dalloz, t. 1, p. 107; Sirey, t. 8, p. 538), et qu'un arrêt du 12 mai 1813 (Sirey, t. 14, p. 277), donne en termes formels, en prononçant que le désistement d'une saisie immobilière est valable, quoiqu'il n'ait été fait qu'à la barre, et en l'absence du saisi, si toutefois celui-ci a été légalement appelé. (*Voy.* sur l'art. 725.)

la cour de Rennes du 31 janvier 1811, ont résolu cette question pour l'affirmative, en se fondant, 1° sur les termes facultatifs de l'article 402; 2° sur ce qu'il peut être de l'intérêt de celui à qui le désistement est fait d'en obtenir un dont la minute repose dans un dépôt public, etc. (*Voy.* un autre arrêt semblable, rendu par la cour de Pau, le 22 avril 1809.)

Mais Hautefeuille, p. 212, est d'un avis contraire à celui que ces arrêts ont consacré. Ce serait, selon lui, faire des frais frustratoires, que de plaider ou d'obtenir un jugement dans l'espèce de la question que nous venons de poser, soit qu'il s'agit du désistement d'une demande, soit qu'il s'agit du désistement d'un appel. Coffinières paraît adopter cette dernière opinion. (Voy. *J. Av.*, t. 2, p. 235 et 236.)

Il est, à notre avis, une raison tranchante pour faire prévaloir la décision des arrêts que nous venons de citer; c'est, en effet, que, si la partie ne pouvait à l'audience obtenir acte de l'acceptation de son désistement, qui ne serait donné que par un simple acte d'avoué à avoué, la copie pourrait se perdre, et avec elle la preuve du désistement. (*Voy.* la *Quest.* 1467.)

[Cette raison ne nous paraît pas suffisante pour légitimer le surcroît de frais que nécessiterait l'obtention d'un jugement. Que celui qui voudra augmenter ainsi sa sécurité poursuive cette obtention, mais que ce soit à ses dépens. Le désistant ne peut être obligé de le lui fournir; car la copie du désistement qui lui a été notifiée, lui offre assez de garanties.

Un désistement équivaut à des offres, et certainement celui à qui elles sont faites ne pourrait exiger un acte solennel de la reconnaissance de son droit; il s'exposerait à une condamnation de dépens qui serait de toute justice.

D'ailleurs, l'acte qui contient le désistement ne doit-il pas être enregistré? il sera donc dans un dépôt public. La partie qui le reçoit ne peut-elle pas elle-même le déposer chez un notaire, ce qui se fait tous les jours; et pourra-t-elle alléguer ensuite qu'elle n'a qu'un *titre fragile et perdable?*

A notre avis, à quelque phase de la procédure que ce soit, sécurité pour le plaideur qui déclare s'arrêter; à l'époque où il manifestera sa volonté par un acte signé de lui et remis à son adversaire, il connaîtra les frais faits et il ne devra pas en supporter d'autres. Il faut, le plus possible, faciliter les transactions sur procès. C'est dans ce sens que le désistement a été introduit dans le Code, comme l'attestent les observations du tribunat sur notre art. 402. (Locré, t. 9, p. 245, n° 207.)

Notre opinion, enseignée par Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, 2e part., tit. V, chap. 3, sect. 1re, art. 3, 4°, *Comm.*, t. 1, p. 693, n'est point celle de Favard, t. 2, p. 80, n° 4. Dalloz, t. 9, p. 175, nos 6, 7 et 8, semble hésiter entre les deux.

Celle que nous combattons est, il faut l'avouer, adoptée par une nombreuse et presque unanime jurisprudence, qui, indépendamment des arrêts cités par Carré, se compose de ceux des cours de Rennes, 20 nov. 1816, Amiens, 2 juin 1821 (Dalloz, t. 9, p. 178), Limoges, 17 juillet 1816 (Dalloz, t. 9, p. 178), Caen, 19 fév. 1823, Rennes, 5 avril 1824, Riom, 7 juillet 1825 (Sirey, t. 26, p. 112), Bruxelles, 27 mars 1828 (J. de B., t. 1er de 1828, p. 253), Nîmes, 23 juin 1829, Nancy, 15 nov. 1831 (Sirey, t. 33, p. 134), et Toulouse, 30 janv. 1830 (Sirey, t. 30, p. 354), 26 nov. 1834, 19 fév. et 29 nov. 1836.

Quoique, à cette jurisprudence, on ne puisse opposer qu'un seul arrêt de la cour de Grenoble du 7 fév. 1834 (1), nous avons cru devoir persister dans l'opinion dont nous venons d'exposer le motif.

Le 25 janvier 1836, la cour de Rennes a adopté un terme moyen, en décidant que les tribunaux peuvent, suivant les circonstances de la cause, mettre à la charge du demandeur ou du défendeur, les frais exposés jusqu'au jugement qui, sur la demande de ce dernier, donne acte du désistement.

Il est certain, au reste, que le désistant en serait passible s'il n'avait signifié son désistement qu'au moment où les juges allaient prononcer, de telle sorte que son adversaire n'eût pas eu le temps de l'accepter par un simple acte. (Bordeaux, 18 mars 1830; Sirey, t. 30, p. 371.) Il pourrait aussi être condamné à des dommages-intérêts si son désistement ne réparait pas le dommage que sa demande avait causé. (Cass., 13 nov. 1833.)]

[1459 bis. *Le désistement n'est-il valable que par l'acceptation volontaire du défendeur, et, s'il la refuse, n'existe-t-il pas un moyen d'y suppléer?*

Il paraît surprenant, au premier abord, que le consentement du défendeur soit exigé pour la validité d'un désistement; ne dépendait-il pas originairement du demandeur d'intenter ou non le procès qui pend à juger? Ne doit-il pas dépendre de lui de le continuer ou de le faire cesser? De quoi pourra se plaindre le défendeur si, sans sa participation, on met un terme aux poursuites dirigées contre lui? A-t-il le droit de prétendre que l'on poursuive l'attaque? Cette conduite serait-elle raisonnable et peut-on supposer qu'il la tienne?

(1) [Carré, dans une de ses notes manuscrites, citait sans indication de recueil un arrêt de la 3e chambre de la cour de Rennes, du 13 mai 1827, jugeant comme celui de Grenoble.]

Mais, en y regardant de plus près, on voit naître l'intérêt éventuel du défendeur à s'opposer au désistement.

Rappelons d'abord que, comme nous l'avons dit sur la *Quest.* 1451 *bis*, le désistement n'anéantit que la procédure et laisse subsister l'action.

Si donc il n'était fait que dans le but frauduleux d'éviter un jugement défavorable dont on est menacé, pour s'en ménager plus tard, au moyen d'une nouvelle instance, un plus avantageux, ou s'il tendait à soustraire la cause aux effets d'une déchéance légalement encourue, par exemple en matière d'enquête; s'il n'était pas, en un mot, légitimé par des contestations, ou du moins par des doutes fondés, soit sur la régularité de l'exploit introductif d'instance, soit sur la compétence du tribunal saisi, soit sur la recevabilité actuelle de l'action; si, d'un autre côté, le défendeur a formé quelque demande incidente ou reconventionnelle qu'il veuille faire juger; dans tous ces cas il a intérêt, et souvent un intérêt puissant, à ne point accepter le perfide désistement qu'on lui offre; et, puisqu'il y a intérêt, il faut qu'il en ait le droit.

Le désistement ne devait donc pas dépendre uniquement de la volonté du demandeur.

Mais aussi il ne fallait pas que le défendeur, à son tour, eût le pouvoir d'y opposer un *veto* absolu et capricieux, en exigeant son acceptation; l'art. 403 n'a pas entendu en faire une condition *sine quâ non*. En attribuant à cette acceptation la vertu de faire produire au désistement tous ses effets, et de plein droit, il n'a pas entendu le mettre au nombre des contrats qui ne peuvent exister que par le concours simultané des parties. Cette disposition signifie seulement que, lorsque ce concours a lieu, il n'est pas besoin de recourir à la justice pour le faire sanctionner.

Le refus du défendeur peut n'être pas légitime (*voy.* notre *Quest.* 1459); il n'est pas permis alors au demandeur de passer outre, mais il peut s'adresser au tribunal saisi de la cause, lequel, juge naturel de toutes les contestations qui surviennent entre les parties, prononcera sur le désistement non accepté et le déclarera valable ou sans valeur, sans pouvoir, avant cette décision, s'occuper de la nouvelle instance que le désistant aurait substituée à la première. (Bordeaux, 18 mars 1829.)

Telle est la doctrine parfaitement juste qu'a sanctionnée la cour suprême dans son arrêt du 12 déc. 1820 (Dalloz, t. 9, p. 191; Sirey, t. 21, p. 137) (1), et qu'enseignent Favard, t. 2, p. 80, n° 5, et Dalloz, t. 9, p. 182, n° 7. Sans entrer jusque dans ces détails, mais aussi sans les infirmer, Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part. 2, tit. V, chap. 3, sect. 1re, art. 3, 3°, et *Comm.*, t. 1, p. 691, Thomine, n° 451, et Boitard, t. 2, p. 43 et suiv., exposent avec netteté les motifs que le défendeur peut avoir de refuser, et les cas où il ne serait pas admis à le faire.

Appliquant les principes que nous venons d'exposer et usant du droit qu'elles ont de juger en fait la légitimité d'un désistement, les cours ont rendu à cet égard diverses décisions.

Ainsi la cour de Douai, le 26 fév. 1825, a déclaré que le désistement ne doit pas être accepté par le juge, lorsqu'il est dénué de motifs légitimes et qu'il paraît n'être formé que dans l'intention de se soustraire au jugement en conservant l'action; et celle de Bordeaux, le 9 juin 1837, que le demandeur ne peut être admis à se désister, sous prétexte d'une incompétence purement personnelle, lorsque le défendeur renonce à s'en prévaloir. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 692, exprime la même opinion; il fait observer qu'il n'en serait pas de même s'il s'agissait d'une incompétence matérielle, parce que la renonciation du défendeur ne mettrait pas son adversaire à l'abri d'un rejet prononcé d'office par le tribunal.

Le motif de la cour de Bordeaux ne nous paraît pas suffisant, car, en matière d'incompétence personnelle, le tribunal saisi n'est pas forcé de juger. (V. *Quest.* 721.) Mais il est vrai de dire que si, sur un désistement, le tribunal prononce un rejet, c'est qu'il consent à juger, et alors le désistement est sans intérêt, tandis que, s'il s'agit d'une incompétence *ratione materiæ*, le juge peut toujours et doit même renvoyer les parties devant qui de droit.

L'administration qui a obtenu et exécuté un jugement expropriant un individu pour cause d'utilité publique, ne peut se désister de la demande par laquelle elle a provoqué cette décision. (Bordeaux, 16 janv. 1832.)

Le 19 mars 1812 (Dalloz, t. 9, p. 197; Sirey, t. 12, p. 247), la cour de cass., et, le 21 novembre 1818, la cour de Rennes, ont aussi déclaré irrecevable le désistement d'une instance, donné sous prétexte de litispendance devant un autre tribunal postérieurement saisi; on sait en effet que, dans ce cas, c'est le tribunal le premier saisi qui doit garder la connaissance de l'affaire (2). (*Voy.* la *Quest.* 726.) Le 22 juin 1835, la cour de Liége a jugé différem-

---

(1) [L'arrêt de la cour d'Angers du 8 déc. 1818, contre lequel était dirigé le pourvoi rejeté par celui que nous citons, semblait poser en principe que les tribunaux ne pouvaient refuser de donner acte d'un désistement non volontairement accepté, que lorsqu'il était nul dans la forme. Ce système, qui aurait l'inconvénient de mettre le désistement à la disposition du demandeur seul, n'a pas été, comme on voit, adopté par la cour de cassation.]

(2) [Lorsque après s'être désisté, mais avant l'accep-

ment sans pourtant contrarier la décision précédente, puisque, dans l'espèce qui lui était soumise, les deux demandes n'étaient pas fondées sur la même cause; il n'y avait donc pas véritable litispendance.

D'après un arrêt de la cour suprême du 31 déc. 1818 (Sirey, t. 19, p. 156), lorsqu'une partie se désiste de son action devant le tribunal de police, le croyant incompétent, le tribunal peut refuser d'accueillir le désistement s'il juge l'affaire de sa compétence.

Le désistement peut encore être rejeté s'il a pour but de porter l'affaire devant un autre tribunal, après que celui où elle est déjà pendante a rendu un jugement interlocutoire que la partie adverse a intérêt à faire exécuter. (Trèves, 3 août 1809; Dalloz, t. 9, p. 193; Sirey, t. 7, p. 921.)

Enfin la cour de cassation a reconnu, le 21 mars 1831, qu'un arrêt de la cour d'Aix à elle dénoncé n'avait, en déclarant un désistement nul, violé aucune loi, attendu que le défendeur n'invoquait dans l'affaire aucune nullité de procédure, aucune incompétence de tribunal.

Si les tribunaux ont le droit de rejeter ainsi un désistement sur lequel il y a contestation, ils peuvent aussi, suivant les circonstances, contraindre le refusant à l'accepter, et c'est ce qu'a fait la cour de Paris, le 11 janv. 1832, à propos d'un désistement que le demandeur refusait, comme contenant la réserve d'intenter une nouvelle action. (*V.* la *Quest.* 1460.)

Carré a du reste solidement établi cette doctrine, dans une consultation inédite que nous allons rapporter :

« Le conseil soussigné, auquel a été soumise la question de savoir si la cour d'Angers a pu, sans contrevenir à la loi, décerner, comme elle l'a fait par son arrêt du 21 nov. 1818, acte aux enfants Rousseau de Labroue, d'un désistement régulier et donné dans la forme seulement, mais que le sieur Fresnais, leur adversaire, refusait d'accepter; ou, plus généralement, *si les tribunaux peuvent admettre un désistement offert par le demandeur lorsque le défendeur refuse de l'accepter,*

» Est d'avis des résolutions suivantes :

» Le *désistement,* dans la doctrine du Code de procédure fondée sur les conséquences directes de ses dispositions, n'est autre chose qu'un acte par lequel le demandeur renonce à toute poursuite sur la demande qu'il a formée; et, par conséquent, Berriat a dit avec raison, que c'est l'action de renoncer à une *procédure commencée.*

» En effet, la loi déclare expressément, article 403, que le désistement remet les choses de part et d'autre dans le même état où elles étaient avant la demande; il n'opère donc jamais de fin de non-recevoir contre une nouvelle demande, en un mot, l'action, considérée comme droit d'agir en justice, subsiste toujours.

» Mais nulle disposition n'impose à celui auquel appartient ce droit, l'obligation de l'exercer dans un délai quelconque; il est donc recevable à former sa demande aussi longtemps que l'action n'est pas prescrite, et par conséquent, il doit être admis à se désister en tout état de *cause*, puisque, s'il en était autrement, on le priverait de la faculté de poursuivre son action à l'époque qu'il juge la plus convenable à ses intérêts.

» D'un autre côté, aucune disposition de la loi n'interdit le désistement, lorsque la procédure serait parvenue à tel ou tel point, par exemple, lorsque la contestation eût été liée par des actes de la part du défendeur, et cette raison suffit pour que l'on ne puisse prétendre qu'un désistement ne fût pas valablement donné lorsque la procédure est ainsi respectivement engagée.

» Ainsi donc, si la loi chargeait expressément les tribunaux de statuer sur les contestations résultant du défaut d'acceptation par le défendeur du désistement donné par le demandeur, il serait incontestable que celui-ci ne serait pas fondé à s'opposer à ce que le désistement produisît des effets, s'il n'en donnait d'autres raisons que la procédure contradictoire et respective des parties.

» Admettre la distinction établie dans la requête du sieur Fresnais, entre une procédure *unilatérale*, dans le cours de laquelle le désistement serait autorisé, et une procédure *bilatérale* qui interdirait la faculté de le donner, ce serait contrevenir aux principes incontestables qui défendent de distinguer quand la loi ne distingue point, et de suppléer des nullités et des exceptions qu'elle n'a pas prononcées : ce serait, en un mot, mettre l'arbitraire du juge à la place de la volonté du législateur.

» Il demeure donc constant, d'après ces observations, que le demandeur peut, en tout état de cause, se désister de l'instance qu'il a introduite pour se replacer, comme le dit la loi, au même état où il était avant qu'il eût formé sa demande.

» Cela posé, il s'agit d'examiner si le juge saisi de cette demande peut, sur le refus d'acceptation du défendeur, donner acte au dé-

tation de son désistement, le demandeur porte son instance devant un autre tribunal, et que l'exception de litispendance lui est opposée, le tribunal devant lequel on invoque cette exception doit, non pas se dessaisir, mais surseoir jusqu'après le moment où le tribunal le premier saisi aura statué sur le désistement. (Paris, 11 janvier 1832.)]

mandeur de son désistement, et se déclarer dessaisi de la demande que le défendeur voudrait retenir en instance.

» Le soussigné n'hésite pas à adopter l'affirmative, contre laquelle la requête du sieur Fresnais ne lui semble contenir aucun moyen solide.

» Et d'abord, il est de principe incontestable que toute faculté, tout droit accordé par la loi, suppose nécessairement celui de recourir à l'autorité judiciaire afin d'en obtenir ou conserver la jouissance; en d'autres termes, toutes les fois qu'il s'élève un obstacle à l'exercice d'un droit, les tribunaux doivent leur appui à celui qui prouve que ce droit lui appartient. Or, l'art. 402 du Code de procédure civile accorde à tout demandeur, sans distinction du plus ou moins d'avancement de la procédure, sans fixation de délai sous peine de déchéance, la faculté ou le droit de se désister de la demande qu'il a formée.

» A la vérité, il porte que la déclaration peut être faite et acceptée par de simples actes signés des parties ou de leurs mandataires et signifiés d'avoué à avoué; et on lit dans l'article suivant (403), que le désistement, lorsqu'il aura été accepté, emportera de plein droit consentement que les choses soient remises, de part et d'autre, au même état qu'elles étaient avant la demande.

» De là on a cru pouvoir conclure, pour le demandeur en cassation, que le tribunal saisi de l'instance, objet du désistement, reste, dans tous les cas, étranger à cet acte qui de plein droit doit être réputé non avenu, s'il n'est pas accepté.

» Il serait évident, comme l'a considéré la cour d'Angers, que, si l'on admettait une semblable doctrine, il dépendrait du caprice du défendeur de priver le demandeur de la faculté de se désister, et, par suite, de l'avantage que la loi a voulu lui garantir en lui accordant cette faculté, d'éviter les frais qu'entraînerait une procédure qu'il aurait à craindre de voir déclarer nulle ou irrégulière; ceux d'un déclinatoire qui pourrait être proposé; ceux encore qui seraient la suite d'une demande prématurée, etc., cas ordinaires qui donnent lieu au désistement d'instance, et dans lesquels on ne peut dire que le défendeur eût quelque intérêt à refuser son acceptation, puisque, si la procédure continuait, la décision qui interviendrait ne terminerait pas plus le litige au fond que le désistement ne l'eût fait, et que, par conséquent, on eût, au préjudice du demandeur et sans utilité pour le défendeur, donné lieu aux frais postérieurs à ce désistement.

» C'est sans contredit pour prévenir cet inconvénient, que le législateur a accordé cette faculté, comme s'en expliquent les auteurs; mais la prévoyance de la loi serait en défaut, s'il pouvait dépendre du défendeur d'empêcher à son gré les effets légaux du désistement. Toutes les fois donc que le défendeur refuse de l'accepter, il est dans l'esprit de la loi que le tribunal prenne connaissance des motifs du refus, les apprécie, et déclare le désistement valable, s'il reconnaît que ce refus n'est que le résultat d'un caprice.

» Contre cette opinion, fondée sur la raison et la justice, on ne pourrait opposer qu'il dépendrait aussi du demandeur de fatiguer son adversaire par des actions sans cesse renouvelées. L'art. 403 a remédié à cet inconvénient en disposant que le désistement emportera soumission de payer les frais, et contrainte, à cet effet, par une simple ordonnance du président; et l'on ne peut dire que le législateur, après avoir pris cette précaution, ait entendu que la faculté de renouveler plusieurs demandes fût une raison pour qu'un tribunal n'eût pas celle de décerner acte d'un désistement.

» Cette considération, proposée comme un des moyens principaux que le sieur Fresnais expose dans sa requête, n'a aucun appui raisonnable, et est repoussée par l'invraisemblance qu'aucune partie se plaise à renouveler à ses dépens plusieurs demandes pour la même cause.

» Sans doute, Pigeau a pu dire, et avec raison, que le désistement *est une simple proposition qui ne lie le défendeur qu'autant qu'il a été accepté par lui.* Mais on ne saurait en conclure que, si la proposition n'est pas acceptée, le tribunal ne puisse juger qu'elle devait l'être, et contraindre le défendeur qui a, sans intérêt ni motifs, refusé de fournir le contrat, à en porter les effets : aussi est-il à remarquer que l'art. 402 ne porte point que le désistement devra nécessairement, pour produire ses effets, être accepté par le défendeur, il se borne à déclarer qu'il peut être fait et accepté par de simples actes. Ici, la loi ne fait, comme il fut observé par la section du tribunat, lors de la discussion du projet, qu'*introduire une voie simple de mettre fin à une procédure.* Elle a autorisé une forme qui ne l'était pas expressément auparavant, et qui donnait au demandeur le droit de faire recevoir judiciairement le désistement, d'où résultaient des frais, dont l'acte d'acceptation dispense aujourd'hui.

» C'est par cette considération, que la loi n'a fait que donner au défendeur la *faculté* de former le contrat par de simples actes, qu'il est aujourd'hui de jurisprudence certaine que le demandeur peut s'en faire donner acte par le tribunal.

» Si, d'après les observations qui précèdent, il est impossible d'admettre qu'il dépende du caprice du défendeur de priver le demandeur de la faculté de se désister, le désistement ne

peut être justement refusé qu'autant qu'il ne serait pas pur et simple, qu'il renfermerait des conditions préjudiciables au défendeur, qu'il porterait atteinte à des droits acquis par les actes d'instruction contradictoires; c'est alors au tribunal à prononcer sur cette contestation, en suivant le principe général posé au commencement, d'après lequel il appartient dans tous les cas à l'autorité judiciaire de faire cesser l'obstacle apporté à l'exercice d'un droit quelconque.

» Délibéré à Rennes, le 12 juillet 1820.

» CARRÉ. »

Il est même des cas où le refus doit être condamné *à priori*, et où, par conséquent, les tribunaux ne peuvent se dispenser d'admettre le désistement. Tel est, d'après la cour de Besançon, arrêt du 24 fév. 1813, celui où le poursuivant d'une saisie immobilière, que le saisi attaque comme vicieuse, renonce aux errements de la procédure, en se soumettant à tous les frais frustratoires. C'est là, en effet, plutôt un acquiescement aux prétentions de l'adversaire, qu'un vrai désistement. Son consentement serait-il nécessaire, lorsqu'il a commencé par le donner lui-même en élevant ses prétentions? Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 692, pose comme un principe, et nous le croyons exact, que toutes les fois que le désistement a pour effet d'accorder au défendeur l'objet de ses conclusions, ce désistement est parfait de lui-même, n'a pas besoin d'un assentiment subséquent; Boitard, t. 2, p. 44, paraît exprimer la même idée.

Tel est encore le cas où le demandeur se désiste de son exploit d'ajournement, par un nouvel exploit, avant que le défendeur ait constitué avoué. L'instance n'est pas encore liée, elle appartient tout entière au demandeur, qui peut l'anéantir par sa propre et seule volonté. Ainsi l'enseigne encore Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 691, et la cour de Bruxelles l'a jugé, le 27 oct. 1824 (J. de B., t. 2 de 1824, p. 191).

Inutile de faire observer que la partie qui refuse mal à propos le désistement, doit être condamnée aux dépens du jugement qui la force à accepter. (Cass., 12 déc. 1820; Dalloz, t. 9, p. 191; Sirey, t. 21, p. 137; Rennes, 10 janv. 1820. — *V.* notre *Quest.* 1459.)]

[1459 ter. *Le désistement de l'instance d'appel doit-il, comme celui d'une instance en premier ressort, être préalablement accepté pour produire ses effets?*

Comme on l'a vu sur la question précédente, l'acceptation du défendeur ou la sanction de la justice peuvent seules, en règle générale, imprimer le sceau de l'efficacité au désistement qui jusque-là demeure à l'état de simple proposition, en sorte qu'il ne lie point le défendeur, qui peut continuer sa procédure, ni le demandeur qui est libre de le rétracter, suivant ce qui sera établi sous le n° 1466, et les cours ne commettent point un excès de pouvoir en statuant sur des conclusions dont le désistement n'a pas été accepté. (Cass., 5 déc. 1838.)

Mais on a dit, et Merlin a donné du crédit à ce système, qu'il expose dans son *Rép.*, v° *Désistement d'appel*, § 1er, que ces principes ne s'appliquaient qu'au désistement d'une demande pendante en première instance et non pas au désistement d'appel.

La raison qu'il en donne, *c'est que tout désistement d'appel contient nécessairement, et par la force des choses, acquiescement à la sentence qui en est l'objet*; or, un acquiescement n'a pas besoin d'être accepté, avons-nous dit sur la question précédente, *in fine*; il est toujours censé l'être à l'avance par celui qui a fait la demande ou obtenu le jugement.

Mais, au n° 1451 *bis*, nous avons démontré que l'opinion qui voit un acquiescement dans tout désistement d'appel est une erreur, qui prend sa source dans les fausses idées qu'on a quelquefois conçues sur la nature du désistement.

Sans doute, si le désistement n'a lieu qu'après l'expiration du délai d'appel, il doit être regardé comme un acquiescement, parce qu'il est une véritable renonciation au droit d'appeler, lequel ne peut plus s'exercer dès que le délai est expiré, comme l'a jugé, avec grande raison, la cour de Bordeaux, le 14 juill. 1829.

Mais ce n'est là qu'une décision de circonstance qui ne peut être traduite en règle générale. Le vrai sera toujours que le désistement, par lui-même, ne porte que sur la procédure, d'où il suit que, si la procédure peut revivre, l'action se conserve. On n'est donc pas censé renoncer à attaquer le jugement par un nouvel appel, lorsqu'on se désiste de l'appel irrégulier qu'on avait d'abord émis.

Au moyen de cette précision, que Favard fait aussi, t. 2, p. 81, n° 8, il sera facile de repousser la nombreuse jurisprudence qui semble avoir sanctionné la doctrine de Merlin.

Elle se compose des arrêts de la cour de cassation, du 18 mars 1811 (Dalloz, t. 9, p. 189), Toulouse, 3 fév. 1832 (Sirey, t. 32, p. 601), Paris, 6 déc. 1833, Nancy, 22 mai 1834, et Bordeaux, 24 mars 1838, qui ont été rendus dans des espèces où, évidemment, le désistement était postérieur à l'expiration du délai d'appel; et de ceux des cours de Montpellier, 23 mai 1828 (Sirey, t. 29, p. 26), Limoges, 31 déc. 1832, où la même circonstance n'a pu être vérifiée, les arrêtistes n'ayant pas rapporté les faits, mais où elle existait aussi, selon toutes les probabilités.

Il ne reste que l'arrêt, très-explicite, il faut en convenir, rendu par la cour suprême, le 21 déc. 1819 (Dalloz, t. 9, p. 191; Sirey, t. 20, p. 170); l'équivoque est impossible sur la portée de sa décision : il en résulterait bien réellement que le désistement d'appel ne peut, dans aucun cas, porter sur la procédure toute seule, qu'il intéresse toujours et nécessairement le fond du droit, qu'il est toujours un acquiescement.

Mais quel motif donne la cour suprême? « *Attendu que l'art. 402, C. proc., ne dispose que pour le désistement d'action, et qu'il s'agissait, dans la cause, d'un désistement d'appel.* »

Nous nous contenterons de répondre par ces mots de Favard : « Lorsque le législateur a rédigé l'art. 403 du Code de proc., les effets du désistement sur l'appel étaient présents à son esprit, puisqu'il en parle expressément dans le 3e alinéa de cet article; et non-seulement il ne dit pas que le désistement sur l'appel aura un effet différent de celui donné en première instance, mais par cela seul qu'il les met sur la même ligne, il les soumet aux mêmes conditions et leur fait produire les mêmes effets. Cela est si vrai que l'art. 470 porte que les autres règles établies pour les tribunaux inférieurs seront observées dans les tribunaux d'appel, et l'acceptation du désistement et ses effets sont au nombre de ces autres règles. Si son intention eût été d'assimiler le désistement de l'acte d'appel à l'acquiescement au jugement de première instance, c'était assurément le cas de le dire, comme il l'a fait dans l'art. 469, pour la péremption, en déclarant qu'en cause d'appel elle aura l'effet de donner au jugement dont est appel l'autorité de la chose jugée; si donc il ne l'a pas dit, c'est qu'il ne l'a pas voulu, et il n'appartient pas aux tribunaux de suppléer un acquiescement formel dans un cas où la loi ne l'a pas établi. » (*V.* nos observations sur la *Quest.* 1468.)

Nous pouvons invoquer, à l'appui de notre opinion, des arrêts qui, même en principe, se sont décidés pour la nécessité de l'acceptation. Les cours de Toulouse, 23 juin 1829 (Sirey, t. 30, p. 33), et 25 mai 1831, de Bordeaux, 21 nov. 1828 (Sirey, t. 29, p. 253), 28 mars et 20 mai 1831 (Sirey, t. 31, p. 228), et de Colmar, 3 août 1837, ont décidé que le désistement d'un acte d'appel ne produisait ses effets qu'après avoir été accepté, que jusque-là il pouvait être rétracté au gré du demandeur.

Nous citerons aussi, pour mémoire, deux arrêts de la cour de Rennes des 28 janv. 1813 et 2 juill. 1818, qui consacrent une proposition incontestable, savoir que le désistement d'appel *accepté* emporte de plein droit, c'est-à-dire sans jugement, consentement à ce que les choses soient remises dans l'état où elles étaient avant l'appel; il est difficile de concevoir qu'une contestation se soit élevée sur la question posée dans ces termes.]

1460. ***Pour que le défendeur soit obligé d'accepter un désistement, faut-il que ce désistement soit pur et simple?***

Thomine, n° 449, suppose l'affirmative sur cette question, en disant que les avoués ne doivent ni signifier un désistement, ni accepter un désistement *conditionnel* à eux signifié, sans l'aveu formel et par écrit de leurs clients.

Hautefeuille, p. 212, fait observer aussi que, pour la validité d'un désistement, il faut qu'il soit entier et sans restriction. Il suppose qu'un appelant ou un demandeur en cause principale, sur l'appel ou sur la demande duquel il aurait été exercé une demande en garantie, n'offrirait de payer les dépens qu'en ce qui le concerne seulement, sauf au demandeur en garantie à faire valoir ses droits contre son garant. Alors, dit-il, ce désistement serait nul, parce qu'il n'est pas entier, et qu'il nécessite un jugement ou arrêt, et parce que, d'ailleurs, le désistement de l'action principale ou de l'appel entraîne l'obligation de payer les frais de l'action récursoire, qui n'est que l'accessoire de l'action ou de l'appel principal. (Orléans, 29 avril 1807, 13 janvier et 9 mars 1808) (1).

[Lorsque le désistement n'est fait que sous certaines conditions, les tribunaux ne peuvent forcer le défendeur à l'accepter; car ils n'ont pas le droit de lui imposer ces conditions, auxquelles sa volonté seule pourrait le soumettre. Ce n'est que dans le cas où il n'en résulterait pour lui aucune espèce d'obligation, que les tribunaux doivent interposer leur autorité pour briser un refus capricieux. Hors de là, leur puissance s'arrête.

Indépendamment des arrêts cités par Carré, le même principe est consacré par ceux des cours de Turin, 8 juillet 1807 (Dalloz, t. 9, p. 179; Sirey, t. 7, p. 683), Besançon, 30 avril 1810, Rennes, 16 fév. 1820, Amiens, 16 nov. 1821, Bourges, 1er déc. 1821, Toulouse, 18 janv. 1823 (Dalloz, t. 9, p. 179), 4e, 6e, 7e, 8e, 9e, 10e esp., Bordeaux, 22 août 1826 (Dalloz, t. 9,

(1) Nous ajouterons à ces arrêts celui par lequel la cour de Paris a jugé, le 24 août 1810 (Sirey, t. 14, p. 438), qu'il résultait des termes mêmes de la loi, que tout désistement doit être pur et simple, et que, conséquemment, on ne pouvait forcer une partie adverse à en accepter un qui serait donné sous condition. Et, en effet, si cette question n'est pas expressément résolue par le Code, sa solution dérive nécessairement de ce que l'art. 403 suppose que le désistement peut être accepté ou rejeté : or, s'il n'est que conditionnel, c'est évidemment un motif pour que la partie à laquelle il est signifié soit fondée à ne pas l'accepter.

p. 180), Amiens, 11 mai 1822 (Sirey, t. 28, p. 257), et Grenoble, 21 avril 1832).

Mais quoique le principe soit exact, quelques-uns de ces arrêts nous paraissent en avoir fait une fausse application, en regardant comme n'étant pas pur et simple le désistement qui contient la réserve de l'action pour la faire valoir dans une autre instance.

Cette réserve en effet ne peut altérer la simplicité du désistement, puisque, lors même qu'elle ne serait pas exprimée, elle serait de droit, comme on l'a vu sur la *Quest.* 1451 *bis*.

Aussi la cour de Paris, le 11 janv. 1832, et celle de Bordeaux, le 30 juin 1835, ont-elles décidé qu'une semblable réserve n'était pas un motif légitime de refuser le désistement (1).

Il en est de même des motifs dont le désistement pourrait être accompagné, pourvu qu'il n'y ait pas de conditions. (Amiens, 23 mai 1826.) C'est en effet uniquement par son dispositif et jamais par ses motifs qu'un acte doit être apprécié.

Seulement ces motifs ayant pu déterminer le refus, le demandeur en désistement pourra être condamné aux dépens du jugement qui donnera acte du désistement pur et simple.]

1461. *Si un désistement conditionnel a été accepté par l'avoué sans pouvoir spécial, y a-t-il lieu contre lui à l'action en désaveu?*

Non, puisqu'aux termes de la loi, le désistement non signé de la partie ou de son fondé de pouvoir spécial, est nul de plein droit.

[Cette solution ne peut pas être contestée.]

1462. *Mais si la partie ne sait signer, suffira-t-il que l'avoué le mentionne?*

Non, sans doute; car, à la différence des autres officiers ministériels, auxquels la loi donne le droit de constater ce que les parties leur déclarent, dans les actes de leur ministère, l'avoué n'est que le mandataire de la partie, et ce n'est qu'en cette qualité qu'il peut donner ou recevoir les actes de désistement ou d'acceptation; or, la loi exigeant, quant au désistement, que le mandat soit spécial, lorsque la partie ne le signe pas, il est nécessaire alors que le mandat soit donné par acte authentique.

[Ceci est encore parfaitement juste, et approuvé par Dalloz, t. 9, p. 175, n° 2. (*V.*, au titre du *Désaveu*, la *Quest.* 1306.)]

1463. *Dans le cas d'un désistement conditionnel, et lorsque les conditions proposées par le demandeur ne sont point acceptées par son adversaire, y aurait-il lieu à statuer sur des conclusions par lesquelles celui-ci demanderait acte du désistement?*

La seconde chambre de la cour de Rennes a jugé négativement, par un arrêt du 17 juill. 1809: c'est que le désistement ne peut être séparé des conditions sous lesquelles il est donné, et que si, comme nous l'avons dit sur la *Quest.* 1460, le défendeur ne peut être tenu d'accepter un désistement conditionnel, il est juste aussi qu'il ne puisse opposer ce désistement au demandeur, s'il n'admet pas les conditions sous lesquelles celui-ci l'a donné. (*V.*, sur l'art. 471, diverses questions relatives au désistement d'un appel.)

[Il n'y a pas le plus léger doute à élever sur ce point.]

1464. *Quand le désistement est conçu en termes injurieux pour le défendeur, peut-il être admis en justice?*

Nous venons de dire que le défendeur est autorisé à ne pas accepter un désistement conditionnel; mais, si ce désistement est conçu en termes injurieux pour lui, il n'a plus à se plaindre, si, par suite de la suppression de ces termes prononcée par les juges, l'acte ne présente plus que le seul désistement. Alors le défaut d'acceptation, fondé sur les termes dont il s'agit, n'est plus un obstacle à ce qu'il soit admis par la justice, et c'est aussi ce qu'a décidé la cour de Paris, par arrêt du 8 août 1809 (Dalloz, t. 9, p. 187; Sirey, t. 14, p. 437).

[Favard, t. 2, p. 80, n° 5, reproduit cette observation, que nous approuvons comme lui.]

Art. 403. Le désistement, lorsqu'il aura été accepté, emportera de plein droit consentement que les choses soient remises de part et d'autre au même état qu'elles étaient avant la demande.

Il emportera également soumission de payer les frais, au payement desquels la partie qui se sera désistée sera contrainte, sur simple ordonnance du président mise au bas de la taxe, parties présentes ou appelées par acte d'avoué à avoué.

Cette ordonnance, si elle émane d'un tribunal de première instance, sera exécutée nonobstant opposition ou appel; elle sera exécutée nonobstant opposition, si elle émane d'une cour royale.

Tarif, 70, 76.—[Tar. rais., n°s 301, 302, 303 et 304.] — Code de proc., art. 130, 543 et suiv. — [Devilleneuve, v° *Désistement*, n°s 1 à 32.—Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. III, art. 147, § 6, et § 8 à la note,

(1) [* Le désistement peut être refusé s'il contient des réserves de nature à faire renaître la contestation. (Brux., 23 mai 1836; J. de B., 1838, p. 34.)]

liv. II, tit. III, art. 267, *Q.* 267, t. 4, p. 115; liv. III, tit. II, chap. 2, art. 317, *Q.* 437 à la note, et tit. III, chap. 2, art. 359, *Q.* 464.—Locré, t. 9, p. 245, n° 207, p. 360, n° 62 (1).] — (*Voy.* FORMULES 351, 352, 353, 354 et 355.)

CCCXXXI. Il peut arriver que le désistement ne soit que conditionnel; qu'il ne comprenne pas les accessoires de la procédure, comme des saisies-arrêts ou oppositions; qu'enfin les parties aient besoin de s'expliquer. Celle à laquelle on le signifie doit donc avoir la faculté d'examiner si les conditions lui conviennent, si l'acte est conçu dans des termes qui lui suffisent.

C'est pourquoi le désistement n'opère ses effets que par une acceptation qui ne présente aucune disparité avec l'offre et qui forme le contrat entre parties.

Alors, suivant l'art. 403, il emporte, *de plein droit, consentement à ce que les choses soient remises au même état qu'elles étaient avant la demande:* d'où suit qu'il ne suppose, comme nous l'avons dit, que l'abandon de l'exercice actuel de l'action, sauf à la renouveler ensuite, si elle n'est pas prescrite. En effet, le demandeur, avant l'exploit introductif de l'instance, *avait l'action;* il la conserve donc après le désistement de cette instance, qui remet les choses dans *l'état où elles étaient avant l'exploit.* (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 516, n° 446; *Prat.*, t. 2. p. 416; arrêt de Paris du 18 mars 1811, au Comm. des *Ann. du Not.*, t. 2, p. 484) (2).

[*Voir* nos *Quest.* 1451 *bis*, 1459 *bis* et 1459 *ter*.]

1465. *Comment se fait l'acceptation du désistement?*

Elle se fait comme le désistement lui-même. (*V.* Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part. 2, tit. V, ch. 3, sect. 1re, art. 3, 3°, le tarif, art. 71, et nos précédentes questions.)

[Tous les auteurs adoptent cette solution, qui est évidente puisqu'elle ne fait que reproduire les termes mêmes de l'art. 402; cependant Thomine, n° 451, dit que la signature de l'acceptant ou de son mandataire spécial n'est pas exigée par la loi, comme celle du désistant, et que la signature de son avoué suffit. Il ne faut que relire l'art. 402 pour se convaincre que l'estimable auteur est tombé dans une erreur matérielle : cet article applique évidemment la nécessité de la signature des parties à l'un comme à l'autre des deux actes de désistement et d'acceptation.

Les motifs sont d'ailleurs les mêmes : il faut qu'un acte probatif de la convention demeure entre les mains de chaque partie, autrement l'une d'elles pourrait l'invoquer sans que l'autre pût s'en prévaloir. Aussi la cour de Grenoble a-t-elle condamné l'opinion de Thomine, le 17 avril 1832.

Il y a toutefois des preuves plus irréfragables encore de l'acceptation d'un désistement, ce sont les faits incompatibles avec un refus. Ainsi un créancier peut être réputé avoir ac-

---

(1) JURISPRUDENCE.

[1° Lorsque des poursuites ont été dirigées au nom d'un tiers en matière d'état, si le tiers désavoue les poursuites, il est lié par son désaveu ; par conséquent, il est censé s'être désisté de ces poursuites, et ne peut ultérieurement les reprendre. (Paris, 3 juillet 1812; Sirey, t. 14, p. 42.)

2° Le débiteur, qui a obtenu l'homologation d'un concordat d'atermoiement contre ses créanciers, est censé se désister du bénéfice du jugement, si, postérieurement et pendant l'instance d'appel, il forme une demande en cession de biens. (Paris, 22 janv. 1808; Sirey, t. 8, p. 57.)]

(2) Cependant, si l'on mentionnait expressément, dans l'acte de désistement, l'abandon de l'action elle-même, ou si cet abandon résultait des termes dans lesquels il serait conçu, il n'est pas douteux qu'il en naîtrait une fin de non-recevoir contre une nouvelle demande. (*Voy.* Denisart, v° *Désistement,* n° 2.) En effet, si les dispositions du Code de procédure restreignent, en général, l'effet du désistement à l'extinction de la procédure, elles ne s'opposent pas à ce qu'il s'étende à l'action elle-même, si telle a été l'intention des parties.

C'est donc toujours d'après cette intention qu'il faut déterminer la nature et l'objet du désistement. Par exemple, la cour de cass., par arrêt du 21 germ. an x (Sirey, t. 14, p. 191), a décidé que la déclaration du demandeur portant qu'ayant examiné les titres qui lui étaient opposés, il se désiste *des fins et conclusions* de sa demande, emportait le désistement de l'action. Nous croirions que, suivant les circonstances, l'on pourrait aujourd'hui prononcer de la même manière, parce qu'ici le désistement semble, d'après les expressions dans lesquelles il était conçu, porter sur le fond du droit. C'est aux avoués à prendre garde aux termes qu'ils emploient dans les actes de désistement, afin de ne pas donner à la partie adverse un prétexte de supposer une renonciation à l'action même qui était l'objet de l'instance.

Nous devons dire que la cour de Paris, par arrêt du 22 juillet 1813 (Sirey, t. 14, p. 354), a déclaré que le désistement pur et simple, sans aucune réserve, emporte l'anéantissement de l'action, de telle sorte qu'on ne peut la reproduire. Nous croyons, par les raisons ci-dessus exposées, que cette décision est absolument contraire au système du Code, comme la supposition faite par Lepage, dans son *Traité de Proc.*, 4e édit., p. 111, que celui qui s'est désisté purement et simplement a renoncé à son action même, et que le désistement ne porte sur la procédure seulement, qu'autant qu'il contient réserve de l'action. Aussi a-t-il été jugé, par la cour de cassation, que l'acte de désistement par la direction de l'enregistrement, portant qu'elle se désiste de la demande formée contre N..., par la contrainte de N..., n'emporte point *renonciation à l'action,* mais seulement à la contrainte. Ce qui confirme la solution de notre *Quest.* 1464. (Cass., 16 mai 1821; Sirey t. 22, p. 6.)

[*Voir,* sur la difficulté examinée dans cette note, nos *Quest.* 1451 *bis*, 1459 *bis* et 1459 *ter*.]

cepté le désistement d'un fol enchérisseur à l'appel d'un jugement ordonnant qu'il soit passé outre à l'adjudication définitive, s'il continue les poursuites postérieures à l'adjudication préparatoire. (Toulouse, 3 février 1832; Sirey, t. 32, p. 601. — *Voy.* aussi *suprà* notre *Quest.* 1458.)]

1466. ***Peut-on, jusqu'à l'acceptation, rétracter un désistement?***

Oui, car le contrat judiciaire n'est formé que par l'acceptation, puisque, jusque-là, il n'y a de propositions que de la part de celui qui se désiste. Il en est ici comme des offres, dont on peut se départir aussi longtemps qu'elles n'ont pas été acceptées. (*V.* cass., 4 juill. 1810, Sirey, t. 10, p. 376, et Lyon, 14 déc. 1810, Dalloz, t. 9, p. 187.)

[Cette solution est une conséquence nécessaire de la disposition de notre article qui ne donne effet au désistement qu'après l'acceptation. Aussi est-elle unanimement adoptée par Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part. 2, tit. V, ch. 3, sect. 1re, art. 3, 4°, Favard, t. 2, p. 80, n° 5, Dalloz, t. 9, p. 182, n° 8, et Thomine, n° 451, sanctionnée par les arrêts de la cour de cass., du 9 déc. 1824 (Sirey, t. 25, p. 293), du 19 août 1835, de la cour de Pau, du 17 avril 1837; et appliquée ou supposée par tous ceux que nous avons cités sur la *Quest.* 1459 *ter*. Le droit de rétractation ne peut même cesser que par une acceptation valable. Celle qui serait irrégulière comme signée seulement de l'avoué sans mandat spécial, le laisserait subsister. (Dijon, 17 déc. 1828.)

Il suit encore du même principe que le désistant peut assigner un délai pour l'acceptation, et que, ce délai expiré, l'adversaire qui n'en a pas profité ne peut plus se prévaloir du désistement. (Rennes, 3 janv. 1838.)

V. *suprà*, à la *Quest.* 1459 *ter*, ce que nous avons dit du désistement d'appel.]

1467. ***Ces mots de l'art.* 403, LE DÉSISTEMENT EMPORTERA, DE PLEIN DROIT, CONSENTEMENT, *etc.*, *ne se trouvent-ils pas en opposition avec la solution donnée sur la quest.* 1450?**

Nous ne le pensons pas; car ces mots supposent seulement qu'il *n'est pas nécessaire* que l'acceptation du désistement soit suivie d'un jugement qui donne acte de l'un et de l'autre; ils ne sont pas absolument exclusifs d'un semblable jugement.

[De cela seul que le jugement n'est pas nécessaire, nous en concluons qu'il ne doit pas être rendu, car l'esprit de la loi, surtout en cette matière, est de proscrire toute procédure frustratoire, et de prévenir tous les frais qui ne seraient pas nécessaires. (*V.* nos observations sur la *Quest.* 1459.)]

1468. ***Le désistement accepté opère-t-il le même effet que la péremption?***

Par une conséquence de la disposition de l'art. 403, qui veut que les parties soient remises en même et pareil état qu'elles étaient avant la demande, les auteurs du *Prat.*, t. 2, p. 416, estiment qu'un désistement accepté opère le même effet que la péremption.

Ainsi, disent-ils, on ne peut faire usage d'aucun des actes de la procédure anéantie, pas même pour interrompre la prescription. Dans l'une et l'autre hypothèse, il faut appliquer l'art. 2247, C. civ., qui porte que, si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmer l'instance, l'interruption de la prescription est regardée comme non avenue.

Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part. 2, tit. V, ch. 3, sect. 1re, art. 4 [et *Comm.*, t. 1, p. 695], sans s'expliquer sur les actes de l'instance, dit aussi qu'un des effets du désistement consiste en ce que l'interruption de prescription, opérée par exploit de demande, est regardée comme non avenue, d'après l'art. 2247, C. civ.

Nous sommes de l'avis des auteurs du *Praticien,* par le motif que la péremption n'est autre chose qu'un désistement présumé par la loi. Or, par quels motifs le désistement formel ne produirait-il pas les mêmes effets que le désistement présumé? L'instance est éteinte dans un cas comme dans l'autre, et la conséquence nécessaire, ainsi que nous l'avons dit sur la *Quest.* 1451, n'est-elle pas qu'aucun des actes qui la composent ne continue de subsister? Nous donnerons donc au désistement tous les effets que nous avons assignés à la péremption dans nos *Quest.* 1450 et suiv. Tel est aussi le sentiment de Berriat, *h. t.*, n° 3.

[Nous pensons aussi que le désistement produit les mêmes effets que la péremption (*voy.* la *Quest.* 1451 *bis*), à l'exception de celui qui est attribué à la péremption par l'art. 469, C. proc. D'après cet article, *la péremption* en cause d'appel *a l'effet de donner au jugement dont est appel la force de chose jugée.*

Cette disposition semble, au premier abord, une dérogation au principe commun à la péremption et au désistement, d'après lequel l'un et l'autre ne mettent fin qu'à la procédure et n'éteignent point l'action.

Mais on voit bientôt que c'est une dérogation particulière à la péremption (*voy.* nos observations sur le commentaire de l'art. 469); et, comme aucune disposition de loi ne l'a rendue commune au désistement, il n'appartient à personne de la lui appliquer. (*Voy.* aussi notre *Quest.* 1459 *ter*.)]

[**1468 bis.** ***Que doit contenir l'acte de désistement relativement aux frais?***]

La partie qui se désiste doit supporter tous les frais exposés jusqu'au jour de son désiste-

ment; c'est la disposition textuelle de l'art. 403, dont la cour de cass. a condamné la violation par son arrêt du 6 février 1828 (Sirey, t. 28, p. 316).

Mais par cela même que la loi lui en fait une obligation nécessaire, il n'est pas besoin, pour la validité de son désistement, qu'il contienne l'offre textuelle de payer ces frais. Cette offre y est toujours censée sous-entendue. (Amiens, 11 août 1826.)

Cependant s'il y avait, pour le défendeur, intérêt à ce que ses dépens fussent employés comme accessoires de la créance et qu'il eût droit de l'exiger, le désistement qui ne contiendrait pas l'offre de cet emploi ne serait pas suffisamment libellé, parce que c'est un genre de clause qui ne résulte pas virtuellement de la nature de l'acte. (Paris, 7 juin 1837.)]

1469. ***Lorsque l'ordonnance qui liquide les frais, par suite d'un désistement, émane d'une cour d'appel, est-elle susceptible d'opposition, encore bien qu'elle soit contradictoire?***

On ne saurait contester que, si l'ordonnance dont il s'agit en l'art. 403 est rendue contradictoirement, elle est sujette à l'appel. Mais, dit Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part. 2, tit. V, ch. 3, sect. 1re, n° 4 [et *Comm.*, t. 1, p. 695 et 696], si elle est rendue par le président d'une cour d'appel, elle n'est pas susceptible d'appel, mais d'opposition, quand même elle aurait été rendue contradictoirement, parce que le président a jugé seul. C'est le tribunal entier qui juge du mérite de cette opposition.

Il nous paraît aussi que tel est le sens de l'article, qui, ne pouvant en ce cas admettre l'appel de l'ordonnance du président, a voulu du moins laisser à la partie le seul genre de pourvoi compatible avec les attributions de la cour (1).

[Favard, t. 2, p. 83, n° 9, partage cette opinion, et il l'appuie d'un arrêt de la cour de cass. du 2 avril 1811 (Sirey, t. 11, p. 169; Dalloz, t. 14, p. 353), déjà cité et improuvé par nous au titre de *l'Expertise, Quest.* 1208. Cet arrêt a jugé que l'ordonnance du premier président, par laquelle la taxe des frais d'expertise est déclarée exécutoire contre l'une des parties, peut être attaquée par la voie de l'opposition, quoiqu'elle ait été rendue contradictoirement.

Cette décision ne peut être attribuée qu'à l'oubli des premiers principes; il n'y a d'opposition connue dans la loi que contre les décisions rendues par défaut, et cette opposition doit être portée devant l'autorité qui a rendu la décision, parce qu'il s'agit, après avoir recueilli plus de lumières, de la rétracter ou de la maintenir.

Contre les décisions contradictoires, il n'y a d'autre voie ordinaire de recours que l'appel... Mais, 1° il faut qu'elles aient été rendues par une autorité qui n'ait le droit de juger qu'en premier ressort; 2° l'appel doit être porté devant une autorité supérieure.

Or, le président d'une cour royale juge en dernier ressort. La cour n'est pas, à son égard, une autorité supérieure; il occupe, dans un autre ordre de juridiction, un rang égal au sien.

Ainsi, 1° l'ordonnance contradictoire n'est jamais susceptible d'opposition;

2° L'ordonnance par défaut peut être attaquée par opposition, mais seulement devant le président qui l'a rendue;

3° L'appel contre l'ordonnance contradictoire n'est recevable que lorsqu'elle a été rendue par un président de première instance et dans une matière susceptible des deux degrés.

Ce système, qui est le seul vrai, se trouve indiqué par Boitard, t. 2, p. 45; on peut rapprocher de ce que nous venons de dire la discussion de notre *Quest.* 1013 *bis*.]

[**1469 bis.** ***Le désistant est-il passible de l'amende que la loi prononce, comme le succombant?***

Cette question est traitée, au titre *de l'Appel*, sous le n° 1693.]

(1) Mais Demiau, p. 294, dit, au contraire, que, si l'ordonnance est rendue contradictoirement par le président d'une cour d'appel, la décision est *souveraine;* selon lui, il n'y aurait plus de remède.

CINQUIÈME DIVISION.

DE LA PROCÉDURE SOMMAIRE OU ABRÉGÉE.

Certaines contestations exigent, à raison de la nature ou de la modicité de leur objet, une procédure plus rapide que celle dont le Code établit, dans les titres précédents, les règles et les formalités.

Telles sont celles dont la connaissance appartient aux justices de paix.

Celles que la loi répute matières sommaires. (V. *infrà,* tit. XXIV.)

Celles enfin qui sont de la compétence des tribunaux de commerce. (Tit. XXV.) (1)

C'est parce que la procédure prescrite par le Code, pour l'instruction de ces affaires, ne présente qu'un *abrégé* de celle que l'on doit suivre dans les autres, qu'on l'appelle procédure *sommaire* ou *abrégée* (2).

Elle diffère particulièrement de la procédure ordinaire, en ce que la plupart des affaires qui y sont sujettes sont dispensées du préliminaire de conciliation, et qu'il ne s'y fait aucune espèce d'instruction écrite. (*V.* les préliminaires des titres suivants.)

TITRE XXIV.

DES MATIÈRES SOMMAIRES (3).

On appelle particulièrement *matières sommaires* les affaires autres que les *causes commerciales,* qui exigent une instruction simple et rapide; soit, comme à l'égard de ces dernières, parce que les parties éprouveraient préjudice des délais et des lenteurs de la procédure ordinaire; soit parce que la contestation ne présente qu'un intérêt peu considérable, dont la valeur pourrait être absorbée par les frais; soit enfin parce qu'elle est d'autant plus simple et plus facile à juger, qu'il ne s'élève aucun débat sur le titre.

Après avoir déterminé quelles sont les causes qui doivent être regardées comme matières sommaires, le Code prescrit la forme suivant laquelle ces matières doivent être instruites et jugées; et, à cet égard, ses dispositions présentent autant d'exceptions aux règles de la procédure ordinaire.

Ainsi, 1° pour les causes ordinaires, l'instruction principale consiste dans les écrits que les deux parties ont la faculté de se signifier réciproquement. (*V.* art. 77 et 80.) Mais cette faculté est interdite dans la procédure, en matière sommaire, qui n'admet aucun écrit entre la citation et les plaidoiries (405);

2° De même, si les interventions et les demandes incidentes sont ordinairement proposées par actes ou requêtes d'avoué à avoué, auxquels le défendeur peut répondre de la même manière (*voir* art. 337 et 339), les causes sommaires, au contraire, n'admettent point cette instruction, et, si les demandes incidentes y sont formées par requête d'avoué à avoué, cette requête ne doit contenir que des conclusions motivées avec sommation d'audience, et le défendeur n'est point autorisé à signifier une réponse (406);

3° Enfin, en matière ordinaire, les faits dont on demande à faire preuve doivent être signifiés trois jours avant l'audience, pour être reconnus ou contestés, et quand le tribunal admet la preuve, il nomme, pour procéder à l'enquête, un commissaire qui doit rédiger procès-verbal des dépositions. (*V.* art. 252, 255, 269.) Mais, dans les causes sommaires, les faits de preuve sont articulés à l'audience, sans avoir été préalablement signifiés; le tribunal, en rendant l'appointement à informer, ne nomme point de commissaire, et l'enquête se fait à l'audience; elle n'est même que purement verbale, lorsque l'affaire est de nature à être jugée en dernier ressort (407, 412).

Au surplus, la loi indique celles des forma-

(1) *Voy.* aussi le titre *des Référés,* qui prescrit une procédure véritablement *sommaire.*

(2) Du latin *summarium,* sommaire, abrégé succinct.

(3) *Voy.* ord. de 1667, tit. VII, et *suprà,* nos 409, 674, 733, 965, 982, 998; *infrà,* sur l'article 463. *Voy.* aussi les arrêts cités aux *Quest.* 1473 et 1476.

lités prescrites pour les enquêtes ordinaires, qui doivent nécessairement être observées pour les enquêtes sommaires (413) (1).

Art. 404. Seront réputés matières sommaires et instruits comme tels,

Les appels des juges de paix (2),

Les demandes *pures personnelles* (3), à quelque somme qu'elles puissent monter, quand il y a titre, pourvu qu'il ne soit pas contesté;

Les demandes formées sans titre, lorsqu'elles n'excèdent pas mille francs;

Les demandes provisoires ou qui requièrent *célérité;*

Les demandes en payement de loyers, fermages et arrérages de rentes.

Tarif, 67. — Ord., tit. XVII. — [Devilleneuve, *h. v.*, nos 1 à 21. — Locré, t. 9, p. 246, no 208, et p. 300, no 63.]

CCXXXII. L'ordonnance de 1667, tit. XXVII, art. 3, 4 et 5, était entrée dans le plus grand détail sur la classification de ces matières. Néanmoins, après une longue nomenclature, elle se bornait à dire généralement que tout ce qui *requérait célérité, et où il pouvait y avoir du péril dans la demeure, serait aussi réputé* MATIÈRE SOMMAIRE.

L'art. 404 du Code est encore plus concis. Après avoir énuméré un petit nombre d'objets seulement, il se borne à ajouter : *Les demandes provisoires ou qui requièrent célérité.* Le législateur a considéré qu'il était impossible de préciser tous les cas, et que, d'un autre côté, les juges ne peuvent se meprendre sur ceux qui requièrent célérité. (*Voy.* Locré, t. 2, p. 77; *Rapport du tribun* Perrin, et *infrà*, no 1472) (4).

[L'art. 404, Code proc., doit être complété par le rapprochement de l'art. 1er de la loi du 11 avril 1838, sur les tribunaux civils de 1re instance, ainsi conçu :

« Art. 1er. Les tribunaux civils de 1re instance connaîtront en dernier ressort des actions personnelles et mobilières, jusqu'à la valeur de quinze cents francs de principal, et des actions immobilières jusqu'à soixante francs de revenu, déterminé soit en rentes, soit par prix de bail.

» Ces actions seront instruites et jugées comme matières sommaires. »

Dans nos observations sur la *Quest.* 1471, nous indiquons les seules modifications qui nous paraissent résulter de la promulgation de cet article. Il s'ensuit que toutes les causes susceptibles d'être jugées en dernier ressort par les tribunaux de 1re instance, sont désormais rangées dans la classe des matières sommaires, sans distinction de celles qui sont fondées sur un titre ou de celles qui ne le sont pas, sans distinction du titre contesté ou du titre reconnu.

Mais la loi de 1838 ne nous paraît pas innover, en tant qu'elle met les causes immobilières sur la même ligne que les actions personnelles; cette assimilation nous paraissait déjà résulter des termes généraux du § 3 de notre art. 404.

Au reste, la classification des causes en sommaires et non sommaires n'ayant de véritable importance qu'en ce qui concerne la taxe des procédures, les questions relatives à cette matière sont mieux placées dans un ouvrage sur le tarif que dans celui qui est destiné à expliquer le Code de procédure.

Aussi nous bornerons-nous à exposer succinctement notre opinion sur chacune des questions prévues par Carré, en renvoyant, pour les développements et les détails, ainsi que pour les questions non traitées par lui, à notre *Comm. du tarif,* où, sous la rubrique des *Matières sommaires,* nous avons examiné toutes les difficultés que peut présenter l'interprétation de l'art. 404 et de tous ceux qui contiennent des dispositions analogues (5).

(1) Nous remarquerons que les exceptions que le législateur fait ici aux règles générales, confirment ces règles pour les cas non exceptés, et que, par conséquent, celles-ci doivent être strictement observées, toutes les fois, du moins, qu'elles ne sont pas incompatibles avec l'objet et le but de la procédure sommaire.

[Cette observation très-juste est reproduite par Thomine, no 454, et Boitard, t. 2, p. 52 et 53.

Par suite du principe qu'elle rappelle, la cour d'Orléans a jugé, le 31 août 1814 (Dalloz, t. 20, p. 209), que, quoique les affaires sommaires soient affranchies des formalités ordinaires de la procédure, les sentences qui interviennent n'en doivent pas moins contenir les qualités et autres parties constitutives du jugement, comme en toute autre matière. et la cour de cass., le 15 janv. 1821 (Dalloz, t. 18, p 369; Sirey, t. 21, p. 98), que lorsque, dans une cause sommaire, l'une des parties a fait défaut, le juge doit, comme en matière ordinaire, prononcer défaut-joint, à peine de nullité de son jugement, ainsi que nous l'avons décidé, *Quest.* 621 *quinquies.*

Enfin Pigeau, *Procédure civile,* liv. II, part. 2, tit. II art. 3, fait observer, avec raison, que les matières sommaires sont soumises à la communication au ministère public, dans les mêmes cas où le sont les matières ordinaires.]

(2) *Appel, voy.* art. 16, 31; célérité, loyers, fermages, art. 417, 125, 72.

(3) *V.* notre Comm. sur l'art. 2.

(4) Tel est le motif des développements que nous avons donnés sur cet art. 404, aux *Quest.* 1344 et 1361 de notre *Analyse.* (*Voy. infrà*, no 1476, et nos observations sur l'art. 806, au titre *des Référés.*)

(5) [* Les chambres de police correctionnelle des

1470. *En quel cas un titre est-il réputé contesté?*

Selon Demiau, p. 286, la contestation du titre qui, aux termes de l'art. 404, fait que la cause cesserait d'être sommaire, ne s'entendrait point, soit de ce qu'un acte authentique serait argué de faux, soit de ce qu'un acte privé serait méconnu ou dénié, soit même de ce qui ne concernerait que l'explication des clauses, le mode d'exécution d'une obligation ou d'un contrat, elle ne s'entendrait que de ce qui appartiendrait à son essence : par exemple des exceptions de dol, de fraude, de circonvention, à la faveur desquelles on prétendrait ne rien devoir; de la fausse cause, de la simulation, et, en général, de toutes les actions rescisoires ou rédhibitoires; de toutes les exceptions de nullité qui se dirigeraient ou contre la substance de l'acte, ou contre l'obligation qu'il contiendrait.

Ces sortes d'exceptions, ajoute Demiau, qui sont véritablement la contestation du titre, nécessitant évidemment une instruction plus étendue, soit par rapport aux faits, soit sous le rapport du droit, ne pouvaient être mises dans la classe des affaires sommaires.

Nous lisons dans la *Bibl. du Barreau*, 1re part., t. 3, p. 24 et 25, qu'il faut distinguer entre la contestation qui s'élève sur le titre et celle qui s'établit sur le fond de la demande, dont le titre n'est que l'instrument. « Ainsi, par exemple, vous m'assignez en payement d'une obligation de 2,000 fr., que vous prétendez vous avoir été souscrite par moi; je conteste votre titre, c'est-à-dire j'offre de prouver que votre contrat est le résultat du faux, de la violence, du dol; j'offre enfin de prouver que votre droit n'a jamais existé, et que ce n'est qu'à l'aide d'un délit que vous avez acquis un titre, et, en même temps, la faculté de diriger une action contre moi; je n'oppose pas une exception directement à votre demande; je fais d'abord le procès directement à votre titre, et si j'écarte par là votre demande, elle cessera évidemment d'être sommaire, lorsque, d'ailleurs, s'élevant à une somme supérieure à 1,000 fr., elle ne pourra rentrer dans la classe de celles qui sont rapportées au n° 3 de l'art. 404.

» Mais si, au lieu de combattre votre titre, j'oppose la prescription, des quittances, des compensations; alors je l'admets tacitement, j'en reconnais la légitimité; mais je vous oppose des exceptions qui tendent à anéantir l'objet de votre action : or, cette contestation, que j'oppose à votre action, n'empêche pas que la demande soit sommaire; elle est purement personnelle; il existe un titre non contesté, les conditions de la loi sont remplies. »

On voit que, suivant Demiau, une inscription de faux, une dénégation d'écriture ou de signature, n'empêche pas l'affaire d'être sommaire; mais que toutes autres exceptions la placent dans cette classe. Au contraire, d'après le passage ci-dessus rapporté de la *Bibl. du Barreau*, le faux, la dénégation d'écriture, opéreraient cet effet.

Nous ne ferons aucune exception relativement à l'allégation du faux ou à la méconnaissance ou dénégation d'écriture. Un titre est contesté, ou quant à son existence, s'il est argué de faux ou dénié, ou quant à sa validité, lorsqu'on lui oppose le dol, la fraude, la fausse cause, une nullité, etc. Dans tous ces cas, nous pensons que l'affaire cesse d'être sommaire, parce que l'art. 404 ne fait aucune distinction et n'exclut aucune cause de contestation : or, c'est bien contester un titre que de l'arguer de faux ou de le dénier. Nous adoptons, en conséquence, l'opinion de Mailhier, auteur du passage ci-dessus rapporté. La différence qu'il établit entre la contestation de la demande et celle du titre, nous paraît expliquer, de la manière la plus satisfaisante, le sens de l'article 404.

[Déjà, sur l'art. 135, au titre *Des Jugements*, à l'occasion de la *promesse reconnue* qui donne lieu à l'exécution provisoire, nous avons examiné dans quel cas il y avait *reconnaissance*, dans quel cas *contestation*. Les mêmes principes sont applicables à la question actuelle; et la solution de Carré y est au reste parfaitement conforme, ainsi que celles données par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 699, et Favard, t. 3, p. 531. Il ne nous reste à parler que de quelques applications que ces principes ont reçues, en ce qu'ils ont de relatif aux matières sommaires.

L'affaire pure personnelle est sommaire quand le titre n'est pas contesté, a dit la cour de Rennes, en répétant le texte même de la loi, dans son arrêt du 20 nov. 1812 (Dalloz, t. 20, p. 206).

Or, il y a titre contesté, et par conséquent l'affaire est ordinaire, lorsque l'acquéreur nie que le prix porté au contrat soit véritable, ou lorsque les parties ne sont pas d'accord sur l'objet d'une procuration (cassation, 4 juin 1828); ou bien lorsque la demande est fondée sur un titre qu'on dit avoir perdu, et dont l'existence est déniée par le défendeur (cassa-

---

cours d'appel sont incompétentes pour connaître de matières autres que les civiles sommaires. (Bruxelles, 17 janv. 1835.)

Les chambres des vacations des tribunaux civils sont, à la différence des cours, compétentes pour juger les affaires sommaires, même sans qu'il y ait urgence. (Brux., 15 déc. 1815, *Pasicrisie belge*, à cette date.)]

tion, 4 juillet 1827; Sirey, t. 28, p. 60), et, dans ce cas, la nullité résultant de ce que la cause a été jugée comme matière sommaire est d'ordre public, et peut être proposée pour la première fois en cassation.

Au contraire, le titre ne peut être réputé contesté dans les cas suivants, qui doivent par suite être traités comme matières sommaires :

1° Si le défendeur, sur une poursuite en saisie-brandon, s'est borné à demander la rescision du contrat, par d'autres moyens que le dol et la fraude, car en demander la rescision, c'est en reconnaître l'existence (Cass., 13 novembre 1823);

2° Si le défendeur se prétend libéré par le fait d'un autre (Cass., 30 janv. 1827; Sirey, t. 27, p. 106);

3° Si la partie à qui on oppose des quittances prétend que l'une d'elles fait double emploi avec l'autre. (Cass., 18 mars 1829; Sirey, t. 29, p. 423.)]

[1470 bis. ***Les demandes qui n'excèdent pas mille francs, mais qui sont fondées sur un titre, sont-elles réputées matières sommaires?*** **Quid,** ***si le titre est contesté*** **(1)?**

Deux raisons d'*à fortiori* font décider que les demandes inférieures à mille francs, fondées sur un titre, sont matières sommaires. La première, c'est que ce caractère leur est attribué lors même qu'elles sont formées sans titre; la seconde, c'est que la présence du titre rend sommaires aussi les demandes supérieures à cette somme.

Mais comme celles-ci deviennent ordinaires lorsque le titre est contesté, on demande s'il en est de même pour celles qui sont inférieures à mille francs, et si la contestation du titre sur lequel elles se fondent peut avoir pour effet de les rendre ordinaires.

Pour la négative, on peut dire que la condition de la demande qui se fonde sur un titre contesté n'est pas pire que la condition de celle qui n'a point de titre, et que, si l'absence du titre n'empêche pas d'être sommaires les causes dont la valeur n'excède pas mille francs, la contestation du titre doit l'empêcher encore moins.

Cependant, Carré, dans une consultation délibérée à Rennes, le 24 janv. 1825, adoptait l'opinion contraire :

« Vainement objecte-t-on, disait-il, que ces mots de l'article, *à quelques sommes qu'elles puissent s'élever* (les demandes), ne peuvent s'entendre que d'une somme excédant mille francs, c'est introduire dans la loi une distinction qui ne s'y trouve pas et qu'il n'est pas permis de suppléer.

» Les expressions que l'on vient de rapporter doivent être prises dans leur sens naturel, c'est-à-dire que, quelle que soit la somme, à partir de la plus modique jusqu'à la plus considérable, quand il y a titre et qu'il n'est pas contesté, l'affaire est sommaire. D'où il faut conclure *à contrario* que, dès lors que l'on conteste le titre, l'affaire ne peut plus être traitée sommairement quelque légère que soit la somme qui fait l'objet du litige.

» Pour que l'on pût, avec quelque apparence de raison, donner à l'art. 404 l'interprétation que l'on propose, au moins faudrait-il qu'il y eût interversion dans les §§ 2 et 3, que celui-ci se trouvât à la place de l'autre et *vice versâ*.

» Le conseil pense donc qu'il ne saurait y avoir lieu à équivoque, que l'affaire est ordinaire, quoique sa valeur n'excède pas mille francs, parce que le titre est contesté. »]

[1470 ter. ***Une cause sommaire dans son principe peut-elle devenir ordinaire par la suite?***

Oui, par exemple, dit Wewroort, p. 94, les demandes pures personnelles sont sommaires quand le titre n'est pas contesté; supposez que, sur une demande en payement de billet, le demandeur fait défaut; le titre jusque-là n'est pas contesté, l'affaire est sommaire. Mais il forme opposition et ses moyens de défense consistent dans la contestation du titre : l'affaire devient ordinaire sur l'opposition. Ou bien encore, après avoir laissé passer le délai de l'opposition, il appelle du jugement et conteste le titre : l'affaire devient ordinaire en appel.

Une affaire sommaire dans son principe peut encore devenir ordinaire par les demandes incidentes que le défendeur peut introduire lorsque ces demandes incidentes sont elles-mêmes ordinaires; on sent que pareille chose peut encore arriver en appel, puisque le défendeur peut former en appel une demande incidente, pourvu qu'elle soit la défense à la demande principale. (C. proc., art. 464.)

On pourrait multiplier ces exemples; mais ceux que nous venons de donner nous semblent suffisants pour faire comprendre dans quel cas une instance, sommaire dans l'origine, peut devenir ordinaire par la suite. (*Voy.* aussi Cabissol, p. 94.) On peut consulter,

---

(1) [Cette question n'en est plus une sous l'empire de l'art. 1er de la loi du 11 avril 1838, cité dans nos observations sur le *Commentaire* CCCXXXII, puisque cet article répute sommaires toutes les causes susceptibles d'être jugées en dernier ressort, sans distinction de celles qui sont fondées sur un titre ou qui ne le sont pas, sans distinction du titre contesté ou du titre reconnu. (*V.* la *Quest.* 1471.]

deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 18 mars 1829, et l'autre du 18 janv. 1830, qui ont statué sur des espèces dans lesquelles on demandait que cette distinction fût admise.

Il est un principe presque universellement reçu en jurisprudence, c'est que les demandes reconventionnelles de dommages-intérêts ne rendent pas une cause susceptible d'appel, lorsqu'elle ne l'était pas déjà, et que ces dommages-intérêts prennent leur source dans l'action principale elle-même. Le 12 janv. 1831 (Sirey, t. 31 p. 390), la cour de cass. a fait l'application de ce principe aux matières sommaires, et nous croyons qu'elle s'est ainsi conformée à l'esprit de la loi.]

1471. ***Les demandes réelles ou mixtes sont-elles réputées sommaires, lorsqu'elles n'excèdent pas mille francs?***

Le § 3 de l'art. 404 porte, en termes généraux, que les demandes formées sans titre seront réputées matières sommaires, lorsqu'elles n'excéderont pas mille francs. Il ne distingue point, comme le § 2, entre les matières pures personnelles et les autres; et de là, les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 424, concluent que sa disposition s'applique tant aux demandes purement personnelles qu'aux demandes réelles.

Demiau, p. 296, dit, au contraire, que, suivant le § 3, une demande formée sans titre est réputée sommaire, si elle n'excède pas mille francs, *mais par action purement personnelle seulement*.

Ainsi, dans cette opinion, l'on dirait que les deux paragraphes que nous venons de citer ne se rapportent qu'aux demandes purement personnelles; savoir : le premier, en ce qu'il dispose que ces demandes, à quelques sommes qu'elles puissent monter, seront réputées sommaires quand il y aura titre non contesté; le second, en ce qu'il exprimerait que ces mêmes demandes seront réputées telles, lorsqu'elles seront formées sans titre, si elles n'excèdent pas d'ailleurs la valeur de mille francs : d'où suivrait qu'en aucun cas, une matière réelle ou mixte ne pourrait être déclarée matière sommaire.

Cette opinion nous semble justifiée, soit par les dispositions des art. 1, 2, 3, 4 et 5 du titre XVII de l'ordonn., qui indiquait, avec plus de détail que ne l'a fait l'art. 404 du Code, les affaires qui seraient réputées sommaires, soit par les explications données sur ces articles, par les différents commentateurs. Ni dans l'ordonnance, ni dans aucun des commentaires, on ne trouve, en effet, une demande réelle ou mixte indiquée au nombre des affaires sommaires; ce qui prouve, au contraire, que les demandes de cette espèce ne l'étaient pas, c'est que Jousse les exclut formellement dans sa note 1re, sur l'art. 1er du titre précité de l'ordonnance.

Or, il est à présumer que le législateur n'a pas entendu faire une innovation telle que celle que supposent les auteurs du *Praticien*, et il ne suffirait pas, pour l'admettre, de la faible induction que l'on pourrait tirer de ce que le § 3 de l'art. 404 ne répète point les mots *purement personnelles*, et n'exprime aucune distinction.

[Dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 415, n° 19, nous avons embrassé l'opinion contraire à celle de Carré, et elle se trouve confirmée par l'assentiment de Favard, t. 3, p. 531, n° 3, qui, comme nous, s'appuie de cette considération que le § 3 de notre article ne contient point la précision qui domine le § 2.

Il suit de là que, lorsqu'il n'y a point de titre, mais que la demande n'excède pas mille francs, suivant le Code de procédure, quinze cents francs, suivant l'art. 1er de la loi du 11 avril 1838, peu importe d'ailleurs qu'elle soit personnelle, réelle ou mixte, elle rentre toujours dans la catégorie des matières sommaires. Et, si cette décision paraissait vraie sous l'empire de l'art. 404 que nous examinons, elle est aujourd'hui hors de toute contestation depuis que l'art. 1er de la loi précitée, s'occupant cumulativement des matières personnelles et des matières réelles, dispose, sans distinction, que toutes celles qui devront être jugées en dernier ressort seront instruites comme matières sommaires.

Quelques auteurs voient dans cette disposition une innovation légale; nous n'y voyons que la confirmation de notre doctrine; seulement il ne faudra plus distinguer, à l'égard des matières qui se jugent en dernier ressort, s'il y a ou s'il n'y a pas de titre, si le titre est contesté ou ne l'est point. (*Voy.* nos observations sur le n° CCCXXXII.)

La loi de 1838 conclut en général du dernier ressort à la qualité de matières sommaires; mais il ne s'ensuit pas, comme le fait observer Benech, *Tr. des Trib. civ.*, p. 319, que les affaires qui ne seraient pas susceptibles du dernier ressort ne puissent jamais être sommaires. A l'égard de ces dernières, les dispositions du Code de procédure sont encore en vigueur; les distinctions qui avaient été admises doivent continuer à être observées.

Ainsi une action personnelle, à quelque valeur qu'elle puisse monter, sera toujours sommaire si elle s'appuie sur un titre incontesté. Mais les matières réelles, qui s'appuient sur un titre contesté ou non qui excèdent la valeur de 60 francs de rente, ne seront jamais sommaires, parce que le § 2 de notre article n'attribue ce caractère qu'aux matières pures personnelles. C'est ce que nous décidions aussi avant l'émission de la nouvelle

loi. (*Comm. du Tarif*, t. 1, p. 414, n° 18, Orléans, 13 mai 1819, Dalloz, t. 20, p. 205, n° 1, et 24 juin 1820.)]

1472. ***Quelles sont les demandes provisoires et qui requièrent célérité?***

Le législateur n'assigue point les caractères de ces espèces de demandes; mais il paraît résulter des expressions du tribun Perrin, dans son rapport sur le présent titre, qu'il a entendu s'en rapporter, à ce sujet, à la prudence du juge. Si le Code, comme nous l'avons déjà dit (*voy.* le Comm. de cet article), laisse exister quelques incertitudes sur ce qu'il appelle les demandes provisoires ou qui requièrent célérité, c'est qu'il est impossible de prévoir tous les cas; c'est que *d'ailleurs les juges ne peuvent se méprendre* sur ce qui exige la prompte intervention de la justice.

Aussi la cour de cass., par arrêt du 27 juin 1810 (Sirey, t. 10, p. 358), a-t-elle déclaré qu'une cour d'appel avait pu envisager comme requérant célérité, et, par suite, ranger dans la classe des affaires sommaires une demande en résiliation de bail, et recevoir à l'audience les dépositions des témoins entendus sur cette demande. Il résulte bien de cet arrêt que la question de provision ou de célérité est abandonnée aux lumières et à la prudence des juges.

Au reste, on peut dire, en général, que les demandes célères sont les mêmes que celles dont connaissent les chambres des vacations, en vertu de l'art. 44 du décret du 30 mars 1808; telles sont les affaires qui concernent les objets périssables, et des prescriptions à interrompre, les nominations et excuses de tutelles, les aliments, les référés urgents, les saisies-revendications, etc. (*Voy.* nos questions sur le titre des référés; le *Nouv. Rép.*, v° *Vacations;* Jousse, introduction au titre XVII de l'ordonn., et sur les art. 1, 2, 3, 4 et 5 de ce même titre; Sirey, t. 8, p. 192, et enfin notre Comm. sur l'art. 134.)

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 700, nous avertit de distinguer les demandes provisoires d'avec celles qui requièrent célérité. Les premières sont sans doute comprises dans les secondes; mais elles n'en sont qu'une espèce. Les demandes provisoires sont celles qui laissent le principal intact et pendant à juger.

De là il suit que les demandes en provision pour nourriture et aliments, formées dans le cours d'une instance principale, sont nécessairement sommaires. (Brux., 12 flor. an XII.)

Mais il n'en faut pas conclure que les demandes principales en pensions alimentaires soient également sommaires.

Dans ces sortes d'affaires, il faut souvent mettre sous les yeux des tribunaux un bilan des fortunes du demandeur et du défendeur; comment pourrait-on arriver à ce but, en suivant la procédure relative aux matières sommaires?

Quant aux matières qui, sans être provisoires, requièrent célérité, la cour d'Orléans, par arrêt du 14 fév. 1821 (Dalloz, t. 20, p. 208), a jugé, comme la cour de cassation, qu'une demande en exécution de bail, introduite avec ordonnance abréviative de délais, comme requérant célérité, est sommaire et doit être instruite comme telle.

Au reste tous les auteurs, et notamment Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 700, s'accordent avec Carré; ils enseignent que les demandes qui requièrent célérité sont celles qui, à cause de la nature de leur objet, exigent la plus prompte expédition, et ils en laissent l'appréciation aux magistrats saisis de la contestation.

C'est ainsi que la cour de cassation a déclaré qu'on pourrait regarder comme sommaire une demande en payement de frais de garde (28 mai 1816), l'appel d'un jugement prescrivant la vente d'un mobilier peu important et dépérissable (2 fév. 1831; Sirey, t. 31, p. 331); c'est ainsi encore que la cour de Riom a jugé, le 5 janv. 1833, que les demandes en dommages-intérêts, à raison d'un délit ou quasi-délit, sont urgentes par leur nature et doivent être jugées sommairement.

Mais le pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne doit, suivant nous, être admis qu'avec une certaine mesure. Aussi adhérons-nous à la doctrine consacrée par la cour de Douai, le 7 déc. 1825 (Sirey, t. 26, p. 101), dans un arrêt rapporté fort au long dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 420, n° 28. Il résulte de cet arrêt qu'on ne doit regarder comme sommaires que les causes qui sont nécessairement urgentes par leur nature; et qu'il ne suffit pas qu'un motif d'urgence accidentel et accessoire ait existé au commencement de l'instance, pour que l'affaire soit réputée sommaire. D'où il suit que l'ordonnance du président portant permission d'assigner à bref délai n'est pas un caractère infaillible pour reconnaître à une cause la qualité de sommaire, cette ordonnance pouvant être nécessitée par un motif accidentel d'urgence, à l'égard d'une affaire qui ne serait pas urgente de sa nature.

Et c'est du même principe que la cour de Liége, le 20 oct. 1823, a tiré la conséquence qu'une affaire n'est pas nécessairement réputée sommaire, par cela seul qu'elle a été fixée comme urgente pour être plaidée, immédiatement, avec dispense du rôle.]

1473. ***La loi désigne-t-elle spécialement, comme matières sommaires, certaines affaires qui ne sont pas mentionnées dans l'art.* 404?**

Oui, et telles sont les causes suivantes, où la loi, par les expressions dont elle se sert, annonce qu'elles sont entièrement assimilées,

quant à la procédure, à celles que l'art. 404 désigne :

1° Les remises de rapports et les récusations d'experts (art. 311 et 320; —Paris, 25 mai 1808; Dalloz, t. 18, p. 328; Sirey, t. 8, 2e, p. 262; cité sur la *Quest.* 733);

2° Les réceptions de cautions (article 521 et 832);

3° Les revendications de meubles saisis (article 608);

4° Les appels de jugements de distribution de deniers et ceux des ordonnances sur référés (art. 669 et 809);

5° Les demandes en élargissement et en compulsoire (art. 805 et 847);

6° Les nominations des tuteurs (C. civ., article 449);

7° Les difficultés relatives aux partages et aux cahiers des charges des licitations qui ont lieu sur ces demandes (C. civ., art. 823; C. proc., art. 973);

8° Les oppositions aux liquidations de dépens (décret du 16 fév. 1807, art. 6);

9° Les contestations sur les collocations de créanciers dans l'ordre (article 761; —*voy.* les questions sur les articles que nous venons de citer);

10° Les destitutions de tuteur (C. civ., article 449).

[Il est certain, quoique la cour de Rennes ait jugé le contraire, le 18 déc. 1820, que l'article 404 ne contient pas une énumération complète des matières qui, d'après la loi, doivent être réputées sommaires; plusieurs autres articles attribuent le même caractère à des affaires qui ne se trouvent pas comprises dans celui-ci.

La différence des expressions dont ils se servent peut laisser quelque difficulté à les reconnaître. Mais il nous semble que cette difficulté disparaît devant la considération que l'essence des matières sommaires est d'être instruite sans *écritures*. Toutes les fois donc que des expressions de la loi il résultera qu'une cause ne comporte que l'instruction orale, cette cause devra être regardée comme sommaire et taxée comme telle. Il faut voir, pour compléter cette donnée, la solution de la *Question* 1475.

Il est facile de vérifier si notre règle s'applique à chacun des articles que vient de citer Carré. Mais ce sont là des questions accessoires, que nous avons traitées dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, titre *des Matières sommaires;* nous nous contenterons d'y renvoyer le lecteur.]

1474. ***Les appels pour incompétence et les demandes en validité de saisie-arrêt sont-ils réputés matières sommaires?***

Nous avons résolu négativement cette question, quant aux déclinatoires pour incompétence (voy. *Quest.* 733), en citant un arrêt de la cour de Paris du 25 mai 1808 (Dalloz, t. 18, p. 328; Sirey, t. 8, p. 262). C'est ce même arrêt qui décide aussi que les demandes en validité de saisie-arrêt ne peuvent être réputées matières sommaires, attendu qu'elles ne sont point mentionnées dans l'art. 404, et que, d'un autre côté, aucun article du Code ne s'explique, à leur égard, dans des termes semblables à ceux qui sont employés dans les articles cités sur la précédente question (1).

[Nous nous sommes déjà expliqué, à l'égard

---

(1) La cour de Rennes, par arrêt du 2 oct. 1815 (Dalloz, t. 20, p. 206), a jugé de la même manière, dans une espèce où il s'agissait de décider si un tiers saisi était créancier ou débiteur; elle a déclaré que cette contestation, n'étant pas célère, était encore moins sommaire.

Quoi qu'il en soit, en certains tribunaux l'on persiste à penser le contraire, au moyen d'une distinction que nous ne jugeons pas fondée.

La demande primitive, dit-on, l'action première est-elle ordinaire, celle en validité de saisie-arrêt l'est aussi; l'action qui donne lieu à la saisie est-elle, au contraire, sommaire (ce qui se présente le plus fréquemment), celle en validité l'est également; en un mot, l'instance en validité n'est que l'accessoire de la demande qui y a donné lieu; elle n'en est que l'exécution. Ainsi, pour obtenir payement d'une somme au-dessous de mille francs, aux fins d'un titre non contesté (matière évidemment sommaire), on établit une saisie-arrêt; dans ce cas, la demande en validité est sommaire. Au contraire, pour obtenir payement d'une somme excédant mille francs due aux fins d'un titre que l'on conteste (matière ordinaire), une saisie-arrêt a été établie; le débiteur est débouté de ses exceptions, le titre est jugé valide, la saisie-arrêt est déclarée valable; alors cette dernière instance, réputée l'accessoire de l'autre, est ordinaire.

Cette distinction peut être spécieuse; mais, d'abord, il ne peut être permis au juge de distinguer là où la loi ne distingue pas. Dès lors que la matière est ordinaire, toute distinction pour la faire changer de nature ne saurait être admise sans enfreindre la loi. Or, il nous semble que le tarif, en accordant des vacations dans son art. 90, placé sous la rubrique *des affaires ordinaires*, annonce assez qu'il regarde l'affaire comme ordinaire : elle doit l'être, d'ailleurs encore, en raison de la complication de la procédure. La demande en validité doit, dit-on, suivre le sort de l'action principale. Il m'est dû mille écus aux fins d'un titre hypothécaire non contesté; je poursuis la saisie immobilière. Cette instance, dans le système que nous combattons, serait ordinaire; mais quelles seraient les raisons pour lesquelles une instance de *pure exécution* dût être réputée de même nature que l'action sur laquelle la condamnation est intervenue?

Au reste, ces questions, relatives à la nature des demandes en validité, et en mainlevée de saisie-arrêt, sont traitées par Mauguin (*voy. Bibl. du Barreau*, 1re part., t. 3, p. 17), avec tous les développements que l'on peut désirer.

Suivant cet auteur, *ibidem*, les demandes en payement de sommes et en reddition de compte, fondées sur un titre non contesté, doivent être considérées indistinctement comme matières sommaires.

des demandes en renvoi et des appels pour incompétence, sur la *Quest.* 733, t. 2, p. 132, où nous rapportons toutes les autorités en sens divers.

Quant aux demandes en validité de saisie-arrêt, nous partageons le sentiment de Carré, confirmé par l'art. 92, § 26 du tarif, qui alloue à l'avoué une vacation pour faire au greffe une déclaration affirmative. Certes, si le législateur eût considéré de pareilles instances comme sommaires, il n'eût point accordé d'émoluments pour cet objet.

Il est vrai que la cour de Bordeaux, le 23 mars 1827, a déclaré qu'on doit taxer comme matières sommaires les demandes en validité de saisie-arrêt; mais cette autorité est bien balancée par un arrêt de la cour de Paris du 18 mai 1826 (*Comm. du Tarif,* t. 1, p. 427), et par deux arrêts de la cour de cass. des 19 mai 1824 (Sirey, t. 25, p. 125), et 10 août 1829 (Sirey, t. 29, p. 393), qui ont consacré notre opinion.

Roger semble aussi incliner pour cet avis, dans son *Traité de la saisie-arrêt,* n° 528.]

1475. ***Doit-on réputer matières sommaires les causes que la loi désigne seulement comme devant être* JUGÉES SOMMAIREMENT, *sans exprimer qu'elles seront instruites* SOMMAIREMENT *ou* SANS PROCÉDURE, *etc., en un mot, comme le disent les articles cités sur la* Quest. 1473?**

Non; et, comme le font observer Demiau, p. 297, et Berriat, *h. t.,* § 2, il faut bien distinguer ces causes de celles mentionnées en l'art. 404, ou aux articles cités sur la *Question* 1473. Celles-ci sont instruites et jugées sommairement; celles-là doivent être jugées sommairement, c'est-à-dire avec célérité, sur plaidoiries, et sans qu'on puisse ordonner une instruction par écrit; quant à l'instruction, elle doit être faite suivant les règles ordinaires ou suivant les règles spéciales indiquées par la loi; par exemple, quand elle limite le nombre des rôles d'une requête, etc. (Voy. *Tarif,* art. 75.)

Ce qui prouve la justesse de cette remarque, que nous avons déjà eu occasion d'appliquer sur plusieurs questions, et notamment sur la *Quest.* 733, c'est que le tarif passe en taxe des actes écrits, dans plusieurs causes dont le Code veut que la décision soit rendue *sommairement.* Si on eût voulu les assimiler, pour l'instruction, aux matières sommaires, on n'eût point autorisé de tels actes, puisque, dans ces matières, on n'admet aucune écriture. (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 123, n° 153.)

[Nous pensons, comme Carré, que, lorsque la loi s'est bornée à disposer qu'une cause sera jugée *sommairement,* il ne s'ensuit pas qu'elle soit comprise au nombre des matières sommaires; celles-ci doivent être *instruites,* celles-là *jugées* sommairement: la première expression concerne le mode d'instruction, la seconde prescrit de la promptitude dans la décision; la première est un ordre pour les parties, la seconde, un avertissement pour le juge.

Cette distinction, que la cour de Grenoble a repoussée par ses arrêts des 20 mai 1817 et 6 mars 1821, a été, au contraire, sanctionnée par un arrêt solennel de la cour de Limoges du 9 fév. 1819, qui porte le cachet de la plus profonde sagesse, et qui peut passer pour un véritable traité sur la matière. Cet arrêt, que nous rapportons aussi en notre *Comm. du Tarif,* t. 1, p. 406, n° 16, contient la double énumération faite avec beaucoup de soin: 1° des causes qui doivent être instruites et taxées comme matières sommaires, soit d'après l'article 404, C. proc. civ., soit d'après d'autres textes de lois; 2° de celles qui, quoique devant être jugées sommairement, ne sont néanmoins sommaires, ni quant à l'instruction, ni quant à la taxe. Dans son ouvrage sur la *Taxe,* p. 6 et suiv., Carré, président du tribunal civil de Tours, a embrassé l'opinion de la cour de Grenoble.]

1476. ***Quelles sont les causes qui doivent être jugées sommairement, ainsi qu'il est dit dans la question précédente?***

Ce sont:

1° Les déclinatoires (art. 168 et 172, et le *Tarif,* art. 75);

2° Les reproches de témoins (art. 287, et le *Tarif,* art. 71);

3° Les oppositions aux garanties, restitutions de pièces, reprises d'instance (art. 180, 192, 348, et le *Tarif,* art. 95);

4° Les incidents sur la poursuite de la saisie immobilière, tant en première instance qu'en appel (art. 718, et le *Tarif,* art. 117, 119, 122 et 125);

5° Les subrogations à des poursuites d'ordre (art. 779);

6° Les demandes en nullité d'emprisonnement (art. 794 et 795);

7° Les demandes en délivrance d'expéditions d'actes (art. 839 et 840);

8° Les oppositions des parents aux délibérations du conseil de famille (C. proc., article 883 et 884);

9° Les appels sur les contestations des collocations des créanciers dans l'ordre (art. 765); — *voy.* nos questions sur les articles précités).

La partie qui n'a pas maintenu, en 1re instance, qu'une affaire n'était point sommaire, ne peut se faire grief en cause d'appel de ce qu'elle ait été jugée comme matière ordinaire.

[*Voy.,* sur cette énumération, l'arrêt déjà cité de la cour de Limoges du 9 fév. 1819.]

Art. 405. Les matières sommaires seront jugées à l'audience, après les délais de la citation échus, sur un simple acte (1), sans autres procédures ni formalités.

[Tar. rais., nos 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, etc.]—Ord., tit. XVII, art. 7. — C. proc., art. 82.—[Locré, t. 9, p. 246, no 208 (2).]

CCCXXXIII. D'après cet article on peut, à l'expiration des délais de l'ajournement, juger la cause, et, s'il y a un avoué constitué, on n'aura point les délais de quinzaine accordés pour les affaires non sommaires, par les articles 77 et 78. La différence résulte de ce que, dans celles-ci, l'on permet aux parties d'exposer les faits et les moyens par écrit, ce qui n'a pas lieu pour les affaires sommaires.

1477. ***Les matières sommaires sont-elles dispensées du préliminaire de conciliation?***

L'affirmative est indubitable, à l'égard des demandes qui requièrent célérité, des demandes en élargissement, de celles en mainlevée de saisie ou opposition, et en payement de loyers et fermages; l'article 49, §§ 2 et 5, les dispense formellement de l'essai en conciliation.

Il est également certain que les appels de justices de paix sont dispensés de cet essai comme tous autres appels, non-seulement parce que la tentative de conciliation doit précéder la demande (*voy.* art. 48), mais encore parce que les affaires dont les juges de paix connaissent n'y sont pas assujetties. (Berriat, *h. t.*, § 1, note 8.)

Mais les auteurs du *Praticien,* t. 2, p. 427, estiment que toutes les autres demandes sommaires restent soumises à ce préliminaire, attendu que l'art. 48 y assujettit toutes demandes principales, et que celles dont nous parlons ne sont pas formellement exceptées.

Nous n'entendons point combattre cette opinion; mais nous ferons observer que la plupart des matières provisoires peuvent rentrer dans la classe générale des matières célères, ainsi que nous l'avons dit, XCVI, *Question* 371; que, d'un autre côté, la question de savoir si une demande doit être réputée célère est, comme nous l'avons dit encore sur la *Quest.* 1472, abandonnée à la prudence du juge; et qu'ainsi il arrivera plus rarement qu'on ne le penserait, que le préliminaire de conciliation soit jugé indispensable, pour qu'une demande en matière sommaire soit reçue en justice.

[L'opinion émise par Carré est encore adoptée par Dalloz, t. 20, p. 211, no 11, Thomine, no 454, et Boitard, t. 2, p. 352. Nous y avons nous-même adhéré, dans notre *Comm. du Tarif,* t. 1, p. 440, nos 46 et suiv.]

1478. ***Doit-on conclure de la disposition de l'art.* 405 *que l'on ne puisse signifier, en matière sommaire, des conclusions motivées?***

Nous ne le pensons pas, parce que, suivant la remarque de Demiau, p. 297, les parties peuvent avoir un grand intérêt à consigner leurs conclusions ou leurs moyens principaux dans un acte de procédure, soit pour changer ou modifier des conclusions précédemment prises (*voy.* art. 33 du décret du 30 mars 1808), soit pour s'assurer qu'on y aura égard en jugeant, soit enfin pour se ménager un moyen de justifier, en cas d'appel, l'erreur ou le mal jugé.

Nous remarquerons seulement que de telles conclusions ne passeront point en taxe, et ne pourront, sous aucun prétexte, retarder la marche de la procédure, à moins que la partie à laquelle elles seraient signifiées ne le demandât elle-même, dans son intérêt, lorsqu'elles exigeraient une réponse de sa part.

[Favard, t. 3, p. 532, no 6, et Dalloz, t. 20, p. 208, no 12, sont aussi de cet avis. Cependant nous croyons devoir faire observer, avec Thomine, no 457, que, lorsque l'acte est légitime on ne peut refuser à l'avoué le remboursement de ses avances. C'est seulement pour ses honoraires qu'il est restreint au droit fixe de l'art. 67 du tarif.]

[1478 bis. ***Peut-on, en matière sommaire, ordonner un délibéré sur rapport ou une instruction par écrit? Le peut-on sur l'appel?***

Nous avons examiné les deux premières questions, t. 1, p. 398, *Quest.* 448; nous pouvons citer encore les opinions de Demiau, p. 88, et de Thomine, no 458. Pigeau, dans son *Comm.*, t. 1, p. 251, persiste dans l'opinion contraire qu'il avait émise dans sa *Procédure civile.*

---

(1) *Simple acte,* c'est-à-dire un *avenir,* si le défendeur a constitué avoué. (*Voy.*, pour les incidents et les interventions, l'article 406.)

(2) JURISPRUDENCE.

[1o L'arrêté du 7 mess. an IX, en ordonnant que les affaires concernant les domaines et les rentes cédés aux hospices par le gouvernement, soient jugées sommairement et sans frais, n'a pas interdit les plaidoiries. (Limoges, 13 mai 1828; *Comm. du Tarif,* t. 1, p. 468.)

2o L'exception au droit commun au profit des hospices ne profite pas à leurs concessionnaires. (Cass., 22 janv. 1828.)

3o La demande en péremption d'instance est de même nature (sommaire ou ordinaire) que la cause principale. (Brux., 15 janv. 1822; J. de B., t. 2 de 1822, p. 173.—*V.* notre *Comm. du Tarif,* t. 1, p. 388, nos 11 et 14.)]

On a douté si les mêmes règles étaient applicables en cause d'appel, parce que l'art. 463 ne contient aucune disposition qui défende d'ordonner l'instruction par écrit. Mais nous pensons, avec Lepage, p. 309, et Demiau, p. 350, que les matières sommaires ne peuvent pas plus être mises au rapport en appel qu'en première instance; l'art. 476 dispose, en effet, qu'on doit observer, en appel, toutes les règles établies en première instance, à moins qu'elles ne soient en contradiction avec celles établies pour l'appel.]

[1478 ter. *L'emploi des formes ordinaires en matière sommaire, et réciproquement, constitue-t-il une nullité d'ordre public, qui ne puisse être couverte par le consentement ou le silence des parties?*

La cour de Bruxelles a jugé la négative, le 21 oct. 1829 (J. de B., t. 1 de 1830, p. 3). Mais la négative a été consacrée par la cour de cass., le 18 mars 1828 (Sirey, t. 28, p. 173), et le 12 avril 1831 (*Comm. du Tarif*, t. 1, p. 439).

Nous approuvons cette dernière doctrine, parce que la loi doit être respectée dans les conventions des particuliers. Consentir à être jugé d'après les formes ordinaires par un tribunal, dans une affaire sommaire, c'est changer la nature des attributions de ce tribunal, et cela est impossible.]

Art. 406. Les demandes incidentes et les interventions seront formées par requête d'avoué, qui ne pourra contenir que des conclusions motivées.

Tarif, 4, 16, 21. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 481 et 482, nos 92 à 96.] — Ord. de 1667, tit. XXI, art. 24. — Cod. proc., art. 327, 339. — [Locré, t. 9, p. 246, no 210.]

CCCXXXIV. La loi veut, par cet article, que la partie qui forme une demande incidente ou une intervention se borne à en énoncer l'objet et les motifs, sans entrer dans les développements des moyens qu'elle entend proposer pour la justifier (1).

1479. *Peut-on répondre, par des conclusions motivées, aux requêtes dont il s'agit en l'art.* 406?

Le défendeur sur l'incident doit répondre dans les trois jours qui suivent la signification, dit Demiau, p. 297.

Pigeau, t. 1, p. 277, no 398, dit, au contraire, qu'on ne peut répondre par écrit, puisqu'on n'en aurait pas le droit pour la demande principale, d'après l'art. 405 : la réponse ne peut donc être donnée que par la plaidoirie, conclut Hautefeuille, p. 214.

Il est vrai que l'art. 75 du Tarif taxe une requête en réponse à celle dont nous parlons; mais cet article ne se rapporte évidemment qu'aux matières ordinaires; ainsi l'on doit s'en tenir, dans notre opinion, à celle de Pigeau et de Hautefeuille, mais en remarquant, comme nous l'avons fait sur la *Quest.* 1478, que la réponse n'est interdite qu'en ce sens qu'elle ne passe point en taxe et qu'elle ne peut retarder la procédure.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 701, persiste dans cette opinion, que nous approuvons avec Dalloz, t. 20, p. 208, no 12, et Favard, t. 5, p. 532, no 6.]

Art. 407. S'il y a lieu à enquête, le jugement qui l'ordonnera contiendra les faits, sans qu'il soit besoin de les articuler préalablement, et fixera *les jour et heure* (2) où les témoins seront entendus à l'audience.

[Tar. rais., nos 326 et 327.] — Ord. de 1667, tit. XXII, art. 1er. — Ord. de François Ier de l'an 1535, chap. 12, art. 5. — C. proc., art. 34 et suiv., 432. — [Locré, t. 9, p. 247, no 211.] — (*Voy.* Formule 356.)

CCCXXXV. La loi, en dispensant les parties, par cet article, d'articuler les faits dont elles demanderaient à faire preuve, entend qu'il ne sera point nécessaire de les contester par un acte signifié préalablement; mais il est sensible qu'il n'en faut pas moins qu'ils soient indiqués aux juges, pour reconnaître s'ils sont pertinents et admissibles, et ordonner ou rejeter la preuve : ils devront donc être articulés à l'audience, lors des plaidoiries, et consignés dans l'acte ordinaire qui contient les conclusions.

[1479 bis. *Y aurait-il nullité du jugement qui aurait renvoyé l'enquête sommaire devant un commissaire, ou de l'enquête*

---

(1) Mais il faut observer, relativement à la requête d'intervention, qu'elle doit contenir, en tête, constitution d'avoué de la part de l'intervenant, puisque l'intervention présente nécessairement une nouvelle demande de la part de celui qui la forme. (Arg. de l'arrêt de la cour de Colmar du 22 fév. 1809, cité sur les *Quest.* 1272 et 1273; Dalloz, t. 18, p. 197; Sirey, t. 14, p. 435.)

Il faut remarquer encore que la requête par laquelle les demandes incidentes ou les interventions sont formées, doit contenir, afin d'éviter les frais d'un avenir particulier, une sommation de comparaître à l'audience à jour fixe. (*Voy.* Hautefeuille, p. 214 et 215.)

(2) *Jour et heure.* Dans les affaires ordinaires, ils sont fixés par le juge-commissaire.

[* En matière sommaire, la forclusion de la preuve testimoniale est encourue de plein droit, lorsqu'au jour fixé pour l'enquête la partie admise à preuve n'a, bien que signifiée du jugement, fait entendre aucun témoin ni demandé aucune prorogation. (Br., 26 juill. 1837; J. de B., 1838, p. 29.)

même qui aurait été faite devant ce commissaire, au lieu de l'être à l'audience?

Si l'on déférait à une juridiction supérieure le jugement qui ordonnerait de procéder, hors de l'audience et devant un commissaire, à une enquête sommaire, elle ne pourrait se dispenser de l'annuler, comme ayant violé l'art. 407; et c'est ce qu'ont fait les cours de Bordeaux, les 19 août 1811 et 31 mars 1830 (Dalloz, t. 12, p. 571; Sirey, t. 12, p. 65 et t. 31. p. 76), de cass., le 1er août 1832, et de Brux., le 20 juill. 1835 (J. de B., t. 2 de 1835, p. 408).

Mais si, sans dénoncer le jugement qui l'a ordonnée, on demande, après sa confection, la nullité de l'enquête à laquelle il a été ainsi procédé, nous pensons, avec la cour de Besançon, 9 déc. 1808 (Dalloz, t. 12, p. 571), avec la cour de cass., 27 mai 1839, et contrairement à l'opinion de Dalloz, t. 12, p. 571, n° 3, qu'elle ne devra pas être prononcée.

En effet, l'art. 407, tout en prescrivant de faire les enquêtes à l'audience, n'ajoute pas qu'elles seront nulles si l'on y procède dans une autre forme. Il faudrait donc, pour qu'on pût suppléer cette peine, que l'audition des témoins devant un juge-commissaire eût causé un préjudice aux parties sur le fond même de l'affaire : or, peuvent-elles se plaindre sous ce rapport? évidemment non. Chacune d'elles aura joui d'un mode de procéder qui lui aura plus garanti ses droits que la marche exceptionnelle autorisée pour les enquêtes sommaires; ce sera bien le cas de dire : *Quod abundat non vitiat*. Une augmentation de frais en résultera, il est vrai; mais cet inconvénient ne touchera pas au fond même de leur contestation, et ne nous paraît pas susceptible de vicier le jugement qui la terminera.]

1480. *Si, nonobstant la disposition de l'article* 407, *une partie articulait, par acte, des faits qu'elle entendrait faire admettre en preuve, la partie adverse serait-elle obligée à les contester également par acte, dans les délais et sous les peines portées en l'art.* 252?

C'est l'opinion de Demiau, p. 298. Il la fonde sur ce que le législateur, en disant qu'on n'a pas besoin d'articuler préalablement les faits, n'a entendu dire autre chose, si ce n'est qu'on n'est pas obligé de le faire; ce qui n'est qu'une disposition facultative et non pas prohibitive.

Mais si la partie demanderesse en preuve a la faculté de ne pas signifier un acte d'articulement, pourquoi l'autre partie n'aurait-elle pas, en retour, la faculté de ne pas répondre à cet acte, qui lui serait signifié? Pourquoi la première aurait-elle le pouvoir d'imposer à son adversaire cette obligation de répondre, sous les peines sévères portées en l'art. 252, tandis que celui-ci ne pourrait exiger d'elle qu'elle lui signifiât un tel acte?...

Demiau présente son opinion comme favorable au défendeur en preuve, car, dit-il, comment son avoué pourrait-il, à l'audience, convenir des faits ou les contester, s'il n'en a été prévenu d'avance, et s'il n'en a conféré avec sa partie, qui, si elle en eût été instruite, n'aurait peut-être pas souffert l'interlocutoire?

Nous répondons que c'est à la partie à s'imputer la faute de n'avoir pas instruit son avoué des faits relatifs à la cause dont elle devait présumer que l'on pourrait demander la preuve; que, d'ailleurs, l'avoué peut obtenir un renvoi; que, si l'interlocutoire est rendu, elle a le temps nécessaire pour convenir des faits et prévenir l'exécution de ce jugement; qu'au surplus la loi rejette l'acte d'articulement, parce qu'elle a voulu que la procédure fût rapide, et qu'on n'a point à examiner quel est l'intérêt des parties relativement à cet acte, pour décider la question que nous venons de poser : on ne peut suppléer une procédure que la loi n'établit pas.

[Cette opinion incontestable est partagée par Favard, t. 2, p. 370, n° 1, Dalloz, t. 12, p. 570, n° 1, Thomine, n° 459, et Boitard, t. 2, p. 56.]

1481. *Si le jugement n'intervient pas de suite, et qu'un nouveau juge soit appelé, peut-on prononcer sur les notes?*

On le peut en matière criminelle, parce que la loi a tranché la difficulté; mais en matière civile, il faudrait recommencer l'audition des témoins, alors même qu'il en eût été dressé des notes exactes, signées par les juges et le greffier. En effet, la loi veut que les juges prononcent d'après les dépositions orales.

Thomine, n° 459, résout de même la question pour le cas où les juges changent, après prorogation de l'enquête commencée; à moins, dit-il, que, prévoyant ce changement, on n'eût pris la précaution de consigner les dépositions des premiers témoins dans un procès-verbal. Mais nous ne croyons pas qu'il leur soit permis d'agir ainsi en dehors des conditions posées par l'art. 411 pour la dresse d'un procès-verbal.]

[**1481 bis.** *Faut-il signifier le jugement qui ordonne l'enquête en matière sommaire?*

La négative a été décidée par les cours de Turin, le 18 nov. 1807 (Sirey, t. 7, p. 715), de Paris, le 10 juin 1812 (Sirey, t. 12, p. 424), et de Brux., le 21 mai 1814 (*Pasicrisie belge*, à cette date), et le 16 oct. 1822, sur le motif que cette signification entraînant des frais serait en opposition avec l'esprit du titre qui nous occupe, et que d'ailleurs, l'art. 413 ne mettant pas cette formalité au nombre de celles qu'il rend communes aux enquêtes sommaires, elle serait encore en opposition avec son texte. On

peut ajouter, avec Favard. t. 2, p. 370, nº 1, que puisque le jugement fixe le jour, le délai court naturellement à partir de sa prononciation et non de sa signification qui dès lors devient inutile. (Rennes, 3 mai 1810.)

Mais cette raison ne pouvant s'appliquer au jugement qui serait rendu par défaut, il faut en venir à la distinction de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 702, qui déclare la signification inutile lorsque le jugement est contradictoire, mais indispensable lorsqu'il est par défaut. Cet auteur appuie son opinion des dispositions analogues que contient le Code de procédure sur les enquêtes en justice de paix; nous croyons qu'elle doit être adoptée.

Un arrêt de la cour de Brux. du 2 juill. 1829 (J. de B., t. 2 de 1829, p. 55), suppose, par sa décision, la nécessité dans tous les cas de la signification du jugement ou de tout autre acte de mise en demeure pour faire courir le délai de l'enquête sommaire, et Thomine, nº 459, l'enseigne positivement, t. 1, p. 632.

Au titre *de l'Enquête, Quest.* 998, nous avions déjà examiné cette question et décidé que les principes développés au nº 990 *bis* n'étaient pas applicables aux matières sommaires.]

Art. 408. Les témoins seront assignés au moins un jour avant celui de l'audition.

Tarif, 76. — Ord., tit. XVII, art. 8. — C. proc., article 260, 413. — [Locré, t. 9, p. 247, nº 212.]

1482. *La disposition de l'art.* 408 *est-elle prescrite à peine de nullité ?* [*Le jour est-il franc ? Faut-il augmenter ce délai à raison des distances ?*]

L'article ne s'explique point à ce sujet, comme l'a fait l'art. 260; mais nous pensons que le législateur a entendu prescrire, à peine de nullité, l'observation de l'article dont il s'agit; autrement, l'enquête pourrait n'avoir pas lieu au jour fixé par le jugement: or, elle ne peut être faite un autre jour qu'autant que le tribunal aurait accordé une prorogation. (V. *Praticien*, t. 2, p. 408.)

Il faut remarquer en outre que le jour est franc [*voy.* Locré, t. 9, p. 247, nº 212], en sorte que les témoins doivent être assignés la surveille de l'audition, au plus tard, et non pas la veille seulement. Les assigner la veille, ce ne serait pas le faire un jour avant leur audition, comme l'exige l'art. 408. (*Voy.* Delaporte, t. 1, p. 376, et le Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 489.)

Il est évident aussi que si les témoins sont domiciliés à une distance de plus de trois myriamètres, il faudra suivre les dispositions de l'art. 260, et leur accorder l'augmentation de délai que cet article détermine. (*Voy.* Pigeau, t. 1, p. 112, nº 330, édit. de la Soc. Typ.)

[Aux auteurs cités par Carré, ajoutez Favard, t. 2, p. 370, nº 2, et Demiau, p. 298; ils s'accordent pour approuver ces trois solutions, et condamner un arrêt de la cour de Metz du 25 fév. 1814, qui a décidé qu'il suffit d'assigner les témoins la veille de l'audition. Nous ne pensons pas autrement que les auteurs cités.]

Art. 409. Si l'une des parties demande prorogation, l'incident sera jugé sur-le-champ.

[Tar. rais., nº 325.] — C. de proc., art. 279 et suiv.

CCCXXXVI. Nous remarquerons que l'article 8 du titre XVII de l'ordonnance défendait aux juges d'accorder une prorogation en matière sommaire; mais l'expérience a prouvé qu'elle pouvait être nécessaire. Ainsi, l'art. 409 autorise la demande en prorogation de la part de l'une ou de l'autre des parties, c'est-à-dire tant pour l'enquête directe que pour l'enquête contraire, qui doit avoir lieu le même jour que la première.

1483. *A quelle époque la demande en prorogation doit-elle être formée ?*

C'est évidemment au jour indiqué par le jugement que la demande en prorogation doit être formée; elle serait rejetée, si elle était faite postérieurement, puisqu'elle n'est recevable, en matière ordinaire, d'après l'art. 269, que lorsqu'elle est formée dans le délai fixé pour la confection de l'enquête; ce qui suppose que l'enquête a été commencée (1). (*Voy.* Delaporte, t. 1, p. 276, et Demiau, p. 299.)

[Cette opinion est également celle de Favard, t. 2, p. 371, nº 2, de Dalloz, t. 12, p. 571, nº 6, et de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 704. Ce dernier auteur pense même que, si la cause de la prorogation était connue lors du jugement qui a ordonné l'enquête, c'est à ce moment que la demande devrait être faite à peine de n'être plus recevable.

Les arrêts qui ne l'admettent point, après le jour fixé pour l'enquête, sont très-nombreux. (*V.* Turin, 18 nov. 1807; Sirey, t. 7. 715; Paris, 10 juin 1812; Sirey, t. 13, p. 18; Limoges, 12 juin 1817; Lyon, 30 août 1825; Sirey, t. 25, p. 372.) La cour de Brux. a même jugé le 24 mars 1835 (J. de B., t. 2 de 1835, p. 71), que la partie admise à la preuve contraire qui n'a présenté aucun témoin au jour indiqué pour l'enquête n'est plus recevable à demander un nouveau délai. Mais cette décision, évidemment trop sévère, puisqu'on ne peut dire dans ce cas que la demande ait été formée postérieurement

(1) Il en est de même lorsque cette demande a pour objet une contre-enquête. [*Voy.* nos observations au texte.]

au délai, est contraire à celle qu'avait rendue la même cour, le 16 janv. 1815 (Sirey, t. 14, p. 370), et à un arrêt de la cour de Limoges du 22 juill. 1837.

D'ailleurs Favard et Dalloz reconnaissent qu'il peut se rencontrer des circonstances assez impérieuses pour faire fléchir la règle qu'ils posent. Et nous aurions peine à ne pas le croire, lorsque nous considérons qu'aucun délai fatal n'est indiqué pour les enquêtes au titre *des Matières sommaires*, que le tribunat fit observer qu'il était impossible d'en fixer un (Locré, t. 9, p. 247, n° 214), et que l'art. 213, parmi les articles des enquêtes ordinaires auxquels il renvoie, ne comprend pas ceux qui sont relatifs au délai; il suit de là, ce nous semble, que les magistrats doivent avoir toute liberté, pour proroger ou restreindre ce délai suivant les cas, pour rouvrir même les enquêtes après leur clôture, lorsque cela leur paraît utile à la manifestation de la vérité.

Cette doctrine a été sanctionnée surtout en matière commerciale, par plusieurs arrêts. (Cass., 19 mars 1819; Brux., 6 mars 1813; Sirey, t. 14, p. 365; Orléans, 30 juin 1819; Riom, 6 avril 1827; Dalloz, t. 14, p. 76; Brux., 2 juill. 1829; J. de B., t. 2 de 1829, p. 55; Brux., 6 nov. 1833, et 26 mars 1834) (1).

Les motifs qu'il peut y avoir d'accorder ou non la prorogation sont encore et surtout laissés à l'appréciation des tribunaux. Le 18 avril 1831, la cour de Bruxelles en a trouvé un suffisant dans cette circonstance que les noms des témoins n'avaient pas été notifiés à la partie, trois jours avant leur audition; cela suppose que cette irrégularité n'emporterait pas nullité (2), opinion que nous n'approuvons pas. (*Voy.* sur l'art. 413 la *Quest.* 1486 *bis*.)

Le défaut d'un témoin assigné pourrait aussi être une cause de prorogation en faveur de la partie qui aurait intérêt à la déposition; mais on pourrait la refuser s'il était acquis au procès que ce témoin est reprochable. (Brux., 22 janv. 1834; J. de B., t. 2 de 1835, p. 60.)]

Art. 410. Lorsque le jugement ne sera pas susceptible d'appel, il ne sera point dressé procès-verbal de l'enquête; il sera seulement fait mention, dans le jugement, des noms des témoins, et du résultat de leurs dépositions (3).

C. proc., art. 39, 40, 262 et suiv., 269, 432.

CCCXXXVII. L'orateur du gouvernement disait, sur cet article, que les enquêtes, en matière sommaire, devaient se faire avec la même simplicité que celles à faire devant les juges de paix, en sorte qu'il faut ajouter à l'article 409 les dispositions de l'art. 40.

1484. *Doit-on faire mention du résultat de chaque déposition ? Ne peut-on pas plutôt se borner à mentionner le résultat de toutes celles qui composent l'enquête?*

C'est notre opinion, fondée sur les motifs de la solution de la *Quest.* 171.

[C'est le résultat en masse des dépositions des témoins qui doit être consigné au jugement dans le cas de l'art. 410, c'est-à-dire la conviction qui est résultée pour le juge des éléments de l'enquête. C'est en effet ce qui sert à motiver leur décision. Telle est aussi l'opinion de Pigeau, *Proc. civ.*, dans sa formule, et *Comm.*, t. 1, p. 705, de Favard, t. 2, p. 371, n° 3, de Dalloz, t. 12, p. 572, n° 8, de Thomine, n° 459, et de Boitard, t. 2, p. 57.]

[**1484 bis.** *Ne faut-il pas mentionner aussi le serment des témoins et leurs déclarations en réponse aux interpellations indiquées par l'art.* 262?

Personne ne conteste que l'observation de ces formalités ne soit essentielle, les juges ne pouvant, sans leur accomplissement, mesurer le degré de confiance qu'ils doivent accorder à chaque déposition; aussi la cour de cass. a-t-elle annulé, le 13 août 1832, un jugement d'un tribunal de commerce, fondé sur des dépositions de témoins, sans que ceux-ci eussent prêté serment. Mais faut-il, dans les enquêtes sommaires, comme il le faut d'après l'art. 262 pour les enquêtes ordinaires, que cette observation soit mentionnée dans le jugement, lorsque celui-ci est rendu en dernier ressort?

A comparer la disposition de l'art. 410, qui ne parle que des noms des témoins, avec celle de l'art. 411, qui exige aussi la mention de leur serment, etc., on croirait devoir répondre négativement, comme l'ont fait Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 705, et un arrêt de la cour de Besançon, du 18 juin 1818 (Dalloz, t. 20, p. 209).

Cependant si l'on remarque que l'art. 413 renvoie à toutes les formalités du titre XII, relatives soit à la prohibition d'entendre les conjoints, les alliés des parties, soit aux reproches, etc.; que l'art. 262 contient l'une de ces formalités; qu'enfin la mention dont nous parlons est exigée pour les enquêtes en justice de paix, dans les jugements non susceptibles d'ap-

(1) [* Il est entièrement laissé à l'arbitrage du juge de proroger les délais en matière sommaire, lorsque la demande en est faite par l'une des parties au jour fixé pour l'audition des témoins. (Liége, 16 nov. 1838; J. de B., 1839, p. 173; Delaporte, t. 1, p. 276; Demiau, p. 299; Dalloz, t. 12, p. 572.]

(2) [* Liége, 15 janv. 1816; *Pasicrisie belge*, à cette date.]

(3) [* L'inobservation de ces formalités n'emporte pas nullité. (Brux., cass., 24 juin 1824; J. de B., 1824, 1re, p. 257.)]

pel ; on conclura, avec Carré, *suprà*, au Comm. CCCXXXVII, et avec Boitard, t. 2, p. 57, qu'elle est également utile dans le cas qui nous occupe; au reste Pigeau lui-même l'insère dans la formule de jugement qu'il propose dans sa Procédure civile. Dans l'espèce jugée par la cour de cass., le 13 août 1832, chargé de soutenir le pourvoi, nous avons argumenté du silence du jugement pour en tirer la preuve que les témoins n'avaient pas prêté le serment, et la cour, sans parler du défaut de constatation, a considéré le serment comme n'ayant pas été prêté. En réalité, elle a tranché la difficulté dans le sens de la nécessité de la constatation d'une formalité si essentielle.]

[1484 ter. *L'énonciation des noms des témoins et du résultat de leurs dépositions est-elle prescrite par l'art. 410 à peine de nullité?*

Quoique l'art. 410 ne prononce dans aucun cas la peine de nullité, on ne saurait cependant y soustraire indistinctement l'omission de toutes les mentions qu'il exige.

En effet, si l'arrêt de la cour de cassation, cité sur la précédente question, a annulé un jugement en dernier ressort qui ne contenait pas la mention du serment des témoins, quoique cette mention ne soit pas au nombre de celles qu'exige l'art. 410, et si le motif de cette décision a été que, le serment n'étant pas constaté dans le jugement, la cour suprême n'avait aucun moyen de s'assurer de sa prestation, il faudra bien en conclure que, pour toutes les formalités substantielles comme l'est celle du serment, une mention sera nécessaire, et que son omission opérera nullité.

Nous ne rangerons pas dans la classe des formalités substantielles la mention des noms des témoins; et nous déciderons que son omission ne peut donner lieu à un moyen de cassation. (Cass., 18 avril 1810, Sirey, t. 10, p. 245, Dalloz, t. 12, p. 572, 15 fév. 1832, Sirey, t. 32, p. 376, 21 mai et 30 juillet 1833, Sirey, t. 33, p. 861.) Ces décisions sont approuvées avec raison par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 705, Favard, t. 2, p. 371, n° 3, et Dalloz, t. 12, p. 572, n° 7. Il en serait de même, à bien plus juste titre, pour les mentions dont ne parle point l'art. 410, et qui seraient relatives comme celle-ci à des formalités non substantielles.

Mais l'arrêt du 15 fév. 1832 a été jusqu'à décider que l'énonciation du résultat des dépositions pourrait aussi être omise sans qu'il y eût nullité. Nous ne pouvons adhérer à cette doctrine, cette énonciation nous paraissant tenir à l'essence du jugement qui, sans elle, ne serait point motivé. Si les tribunaux pouvaient se dispenser de mentionner le résultat des dépositions des témoins dans leur jugement rendu en dernier ressort, et sur une enquête sommaire, il ne resterait plus la seule trace de cette enquête que le législateur a voulu que l'on conservât ; on ne saurait plus si les juges ont pu proclamer comme prouvés les faits qui forment les motifs de leur décision. Cette décision ne porterait plus avec elle la démonstration du bien jugé qu'elle contient ; il nous semble qu'en décidant le contraire, la cour suprême ouvre le champ à l'arbitraire des tribunaux inférieurs. Elle les dispense de constater un fait que la loi prescrit formellement de déclarer parce qu'il est nécessaire; la loi n'a pu ordonner aux juges de le constater et tout à la fois leur permettre de ne pas l'insérer dans leurs jugements.]

[1484 quater. *Les témoins doivent-ils être entendus séparément?*

L'art. 15 du titre XXII de l'ordonnance dispensait les enquêtes sommaires de cette précaution. Elle nous paraît cependant importante pour éviter l'influence de la déposition de l'un sur celle de l'autre. L'art. 36 du Code la prescrit encore dans les procédures qui ont lieu devant les juges de paix, et les tribunaux ordinaires s'y conforment dans l'usage. Cet usage nous paraît salutaire, mais sa violation n'entraînerait pas nullité, puisque nos articles ne la prononcent pas.

Thomine, n° 459, est de cet avis.]

Art. 411. **Si le jugement est susceptible d'appel, il sera dressé procès-verbal, qui contiendra les serments des témoins, leur déclaration s'ils sont parents, alliés, serviteurs ou domestiques des parties, les reproches qui auraient été formés contre eux, et le résultat de leurs dépositions.**

C. pr., art. 36, 37, 39, 262, 269 et suiv. — [Locré, t. 9, p. 247, n° 213.]

CCCXXXVIII. Dans le cas de l'article précédent, l'enquête a été faite en présence des mêmes juges qui prononceront; mais, dans celui de l'art. 411, comme les juges qui devront prononcer sur l'appel n'auront pas entendu les dépositions des témoins, il faut bien que l'on dresse procès-verbal de l'enquête.

[1484 quinquies. *Y aurait-il nullité si le procès-verbal n'avait pas été dressé?*

Oui, d'après Rennes, 4 août 1815 et 19 février 1821, Toulouse, 29 nov. 1819, et Bordeaux, 17 déc. 1830, dont nous approuvons la doctrine. Non, d'après un arrêt de la cour de Bordeaux, du 6 mai 1831 (Sirey, t. 31, p. 315).

La loi, en exigeant qu'un procès-verbal ait lieu, si l'affaire n'est qu'en premier ressort, a pour but de mettre les juges d'appel à même de connaître le résultat de l'enquête, et, par suite, de juger avec connaissance de cause. Or,

comment le pourraient-ils, si un procès-verbal ne leur constatait pas ce résultat? Il est vrai que l'art. 411 ne prononce point formellement la nullité de l'enquête pour défaut de procès-verbal; mais cet acte est tellement substantiel que, s'il n'existe point, l'enquête ne consiste plus que dans des dépositions dont les juges d'appel ne trouvent aucune trace, et que, par conséquent, il leur est impossible d'apprécier. La doctrine du dernier arrêt de la cour de Bordeaux tendrait à rendre illusoire la voie de l'appel, et le texte de cet arrêt le démontre jusqu'à l'évidence. La cour considère que les appelants ne rapportent aucune preuve; la preuve résultait précisément d'une enquête, et d'une enquête seule: elle repousse leur demande sous le prétexte de la multiplicité des frais dans une affaire minime. Il suit de ce raisonnement vicieux que la loi a tendu un piége à l'appelant; car il a interjeté appel sur la connaissance de textes formels, et la cour en refuse l'application sous prétexte des frais. Eh! qu'importe à l'appelant le plus ou moins de frais, s'il doit résulter de l'instruction qu'il provoque, la preuve qu'il a été mal jugé? C'est donc dans l'intérêt seul de l'intimé que la cour s'est prononcée. Tout autre motif ne peut être saisi, et, sous quelque rapport qu'on envisage cette singulière décision, on ne peut s'empêcher de reconnaître qu'elle a méconnu les principes les plus élémentaires.

La cour aurait dû annuler le jugement, et renvoyer, comme l'enseigne Thomine, n° 459, devant un autre tribunal, qui aurait statué de nouveau, après avoir recommencé l'enquête.

On procéderait de même, si les premiers juges n'avaient négligé de dresser procès-verbal que par une erreur qui leur aurait fait considérer la cause comme susceptible du dernier ressort.]

[1484 sexies. *Le procès-verbal doit-il être signé par les témoins? Doit-il être signifié?*

Lepage, p. 270, examine la première de ces questions avec beaucoup de soin, et paraît pencher pour la négative, que nous adoptons aussi avec Thomine, n° 460, attendu que l'art. 413 ne paraît point exiger la signature des témoins, comme le fait l'art. 432, pour les enquêtes qui ont lieu devant les tribunaux de commerce.

Quant à la seconde, la négative, jugée par un arrêt de la cour de Besançon du 18 juin 1818 (Dalloz, t. 20, p. 209), est encore plus certaine. Si, en effet, en matière ordinaire, on signifie le procès-verbal d'enquête, c'est pour que les parties puissent préparer leur défense: en matière sommaire, la loi n'a pas voulu leur ménager cette ressource, puisque, dans beaucoup de cas, le procès-verbal n'est pas dressé; son unique but est de conserver les dépositions pour les soumettre au juge d'appel. Enfin les frais qu'on exposerait pour cette signification sont en opposition avec l'esprit d'économie que la loi applique aux matières sommaires.

Il est cependant un cas où la signification du procès-verbal est, malgré toutes ces raisons, indispensable; c'est lorsque l'enquête sommaire n'a pas été faite à l'audience, mais, en vertu de l'art. 412, devant un juge de paix commis. Les défenseurs des parties n'étant pas censés, alors, avoir entendu les dépositions, il faut bien qu'on les leur communique pour qu'ils puissent les discuter. Cela ne peut avoir lieu que par une signification du procès-verbal faite à la requête de la partie la plus diligente.

Au reste, l'art. 67, § 9 du *Tarif*, alloue un émolument pour cette signification.]

1485. *Peut-on dire, pour le cas où le jugement est susceptible d'appel, que le procès-verbal ne doit contenir que le résultat des dépositions considérées en masse, de même que nous l'avons dit en notre* Question 1484, *relativement aux jugements rendus en premier ressort?*

L'art. 410 porte que, dans le cas où le jugement ne sera pas susceptible d'appel, *il sera seulement fait mention des noms des témoins et du résultat de leurs dépositions*. De ces expressions nous avons cru pouvoir conclure qu'il suffirait que le jugement en dernier ressort contînt le résultat des diverses dépositions considérées dans leur ensemble, d'autant plus que, le jugement étant souverain, il ne semble pas très-important que le résultat de chaque déposition soit écrit séparément.

Mais, dans le cas de l'art. 410, il nous semble qu'il est nécessaire d'insérer au procès-verbal le résultat de chaque déposition, c'est-à-dire l'indication du fait dont le témoin dépose, et des circonstances avec lesquelles il le présente, sans qu'il soit besoin d'écrire mot à mot la déclaration du témoin, comme dans les enquêtes ordinaires.

Les raisons décisives, en faveur de cette opinion, sont que le juge d'appel doit être mis à portée d'examiner si la loi a été appliquée ainsi que l'exigeaient les faits dont les témoins auraient déposé; qu'il convient d'éviter une nouvelle enquête; qu'enfin l'art. 39 exige, pour les justices de paix, que la déclaration de chaque témoin soit insérée dans le procès-verbal, lorsque le jugement est sujet à l'appel: or, il n'est pas présumable que, pour les affaires plus importantes dont connaissent les tribunaux, le législateur ait entendu prendre moins de précautions.

Nous sentons bien que les art. 410 et 411 se servant des mêmes expressions, *résultat des dépositions*, on peut trouver une sorte de contradiction entre cette solution et celle de la *Quest.* 1484; mais les raisons que nous venons

de donner nous semblent devoir l'emporter sur celles qu'on pourrait tirer du sens grammatical des termes de ces deux articles. Tel est aussi le sentiment de Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part. 2, tit. III, ch. 1er, art. 3, n° 4, 2°, et l'usage l'a consacré.

[Dans le cas de l'art. 410, il faut entendre, avons-nous dit, par le *résultat des dépositions*, la conviction qui est résultée pour le juge des éléments de l'enquête. Or, il ne suffit pas que cette conviction soit mise sous les yeux du juge d'appel, il faut encore que les éléments eux-mêmes lui soient représentés, pour qu'il puisse remplir sa mission, qui consiste à apprécier si cette conviction en a été raisonnablement et justement déduite.

La différence d'interprétation donnée aux mêmes mots dans les art. 410 et 411 nous semble justifiée par cette seule réflexion.

Elle est d'ailleurs conforme à l'opinion de Favard, t. 2, p. 371, n° 3, de Dalloz, t. 12, p. 573, n° 9, de Thomine, n° 460, et de Boitard, t. 2. p. 58.

Mais Pigeau ne nous paraît pas l'avoir adoptée, quoique Carré invoque son autorité.]

Art. 412. Si les témoins sont éloignés ou empêchés, le tribunal pourra commettre le tribunal ou le juge de paix de leur résidence. Dans ce cas, l'enquête sera rédigée par écrit; il en sera dressé procès-verbal.

C. proc., art. 266, 1035.—[Locré, t. 9, p. 247, n° 214.]

CCCXXXIX. L'art. 412 est applicable également au cas où le jugement est susceptible d'appel et à celui où il ne l'est pas. Les raisons qui ont fait exiger le procès-verbal sont les mêmes que celles de l'article précédent : mais ce procès-verbal est plus détaillé : on ne doit pas se contenter de rédiger le résultat des dépositions; il faut les énoncer en entier, et suivre les mêmes règles que pour les enquêtes ordinaires, notamment celles des art. 257 et 258.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 706, fait les mêmes observations, qui sont justes.]

1486. *Lorsqu'un tribunal est commis par un autre pour recevoir l'enquête, doit-il y procéder à l'audience, ou commettre un de ses membres pour recevoir les dépositions des témoins?*

Si l'art. 407 porte qu'en matière sommaire, les témoins seront entendus à l'audience, c'est pour mettre chacun des juges à portée de prononcer sur-le-champ d'après les dépositions des témoins. Mais ce motif ne subsiste plus, dès qu'un tribunal étranger est chargé de la confection de l'enquête; nous pensons, en conséquence, que ce tribunal doit commettre, à cet effet, un de ses membres, qui y procède comme si l'affaire n'était pas sommaire. Tel est d'ailleurs l'esprit de la disposition de l'art. 412, qui veut que l'enquête soit rédigée par écrit : d'où suit que l'on doit ici se conformer aux dispositions du titre des enquêtes ordinaires. (Voy. *Quest.* de Lepage, p. 269 et 270; Pigeau, t. 1, p. 213, n° 332.)

[Il est évident que lorsque l'enquête sommaire est renvoyée devant un tribunal autre que celui qui est saisi de l'affaire, c'est un juge-commissaire en particulier, et non le tribunal à l'audience, qui doit y procéder. Cette solution se retrouve dans Favard, t. 2, p. 371, n° 3, et Dalloz, t. 12, p. 571, n° 4.

Mais on ne peut dire, avec Carré, que ce juge-commissaire y procédera *comme si l'affaire n'était pas sommaire*. Bien loin de là, il devra se conformer aux seules dispositions contenues dans les art. 408 à 413, et ne point observer les formalités, beaucoup plus compliquées, prescrites par le titre XII pour les enquêtes ordinaires. Il y a lieu d'appliquer ici, mais en sens invers pour le résultat, la solution de la *Quest.* 985, à la note, et les raisons qui l'ont dictée.

Il est, du reste, incontestable, comme l'a jugé la cour d'Orléans, le 4 nov. 1807, que la disposition de l'art. 412 n'est point particulière aux tribunaux de première instance, et que la cour qui prescrit de faire une enquête a, elle aussi, le droit d'ordonner qu'on y procédera, pour éviter les frais, devant les premiers juges ou devant le juge de paix du domicile des parties.]

Art. 413. Seront observées, en la confection des enquêtes sommaires, les dispositions du titre XII, *des Enquêtes*, relatives aux formalités ci-après;

La copie aux témoins du dispositif du jugement par lequel ils sont appelés;

Copie à la partie des noms des témoins;

L'amende et les peines contre les témoins défaillants;

La prohibition d'entendre les conjoints des parties, les parents et alliés en ligne directe;

Les reproches par la partie présente, la manière de les juger, les interpellations aux témoins, la taxe;

Le nombre des témoins dont les voyages passent en taxe;

La faculté d'entendre les individus âgés de moins de quinze ans révolus.

Ordonn., tit. XVII, art. 13. — C. proc., art. 260, 287. — [Locré, t. 9, p. 247, n° 215.]

[**1486 bis.** *Toutes les formalités de l'art.* 261

sont-elles rendues communes aux enquêtes sommaires?

Le § 2 de l'art. 413 ne rappelle que celles qui sont relatives *à la copie à la partie des noms de témoins,* d'où il suit, d'après nous, qu'il n'est pas nécessaire, à peine de nullité, de lui donner assignation pour comparaître à l'enquête, à moins que le jugement qui l'ordonne ait été rendu par défaut; on sent en effet que, si le jugement est contradictoire, comme il contient l'indication du jour où les témoins seront entendus, il emporte naturellement assignation pour ce jour-là même. On peut encore invoquer ici ce qui se passe dans les enquêtes devant les justices de paix. L'assignation à la partie est ordonnée, dans les enquêtes ordinaires, par ce motif que, le jour où elles ont lieu n'étant pas indiqué par le jugement de preuve, il faut nécessairement le faire fixer par l'ordonnance du juge-commissaire, laquelle est toujours rendue en l'absence de la partie défenderesse. Tout le contraire a lieu dans les enquêtes sommaires. La loi n'a donc pas eu tort de restreindre à la copie des noms des témoins ce qu'elle veut faire observer, dans ces enquêtes, des dispositions de l'art. 261. Cependant la cour d'Agen, le 26 août 1829 (Sirey, t. 32, p. 361), a déclaré l'assignation nécessaire, et la cour de cass., le 20 juin 1814, l'a virtuellement supposé en annulant l'enquête à laquelle la partie avait été assignée à son domicile, et non à celui de son avoué. Ces décisions nous semblent plus sévères que la loi, et cependant Pigeau émet le même avis en sa *Procédure civile.* (Voy. *suprà,* notre *Question* 1481 *bis.*)

Mais *la copie aux témoins* étant nominativement exigée et d'ailleurs indispensablement utile, il faut qu'elle soit donnée selon toutes les formes déterminées par l'art. 261; car ce n'est pas seulement la copie elle-même que l'article 213 rend commune aux enquêtes sommaires, comme semblent le croire les cours de Bourges et de Rouen, par leurs arrêts, la 1re du 29 fév. 1812, la 2e du 28 fév. 1815 (Dalloz, t. 12, p. 871; Sirey, t. 15, p. 222); ce sont encore (lisez le texte) *toutes les dispositions du titre* XII *relatives à cette formalité.*

Ce sont donc, d'après les solutions que nous avons données sur les *Quest.* 1018 *bis* et 1023, la nécessité de signifier cette copie en la forme des exploits; de la signifier au domicile de l'avoué (arrêt précité du 20 juin 1814), en sorte que l'omission du domicile du demandeur n'entraînerait pas nullité (Besançon, 9 décembre 1808; voy. *Quest.* 1018 *bis*); de la signifier trois jours avant l'audition, malgré les décisions précitées des cours de Rouen et de Bourges, et conformément à celles des cours de Trèves, 6 juin 1812 (Dalloz, t. 12, p. 873), Metz, 9 août 1823 (Dalloz, t. 27, p. 84), Brux., 18 avril 1831, de la cour de cass., 30 déc. 1828 (Sirey, t. 29, p. 186), de la cour de Limoges, 22 juill. 1837, et à l'opinion de Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part 2, tit. III, chap. 1er, art. 3, n° 2, et *Comm.*, t. 1, p. 703.

La peine de nullité est même attachée à l'omission de ces formalités : il ne faut pas conclure le contraire de ce que l'art. 413 ne la prononce pas, comme l'ont fait mal à propos la cour de Metz, le 25 fév. 1814, et celle de Brux., le 18 avril 1831; ne suffit-il pas que cet article renvoie à toutes les dispositions de l'art. 261, relatives à la copie du nom des témoins, et qu'au nombre de ces dispositions se trouve la peine de nullité, comme nous l'avons démontré sur la *Quest.* 1023?]

[1486 ter. *La prohibition d'entendre dans les enquêtes sommaires les conjoints des parties, leurs parents et alliés en ligne directe, est-elle exclusive de la faculté de reprocher les parents ou alliés en ligne collatérale?*

Non, puisque, indépendamment de la disposition qui contient cette prohibition, et qui est corrélative à l'art. 268 du titre XII, l'article 413 en a une qui concerne particulièrement les reproches, et qui correspond par conséquent à l'art. 283 du même Code. (Nîmes, 1er juin 1819.)

Les autres articles de ce titre qui règlent la procédure des reproches sont aussi, en vertu de la même disposition, applicables à notre matière. C'est donc avec raison que la cour de Rennes a jugé, le 13 juin 1814, que les moyens de reproche proposés après la déposition du témoin ne peuvent être admis s'ils ne sont justifiés par écrit (art. 282).]

[1486 quater. *Le témoin, contre lequel on propose un reproche qui est admis par les juges, peut-il néanmoins être entendu dans sa déposition?*

Cette question a été déjà traitée au titre des enquêtes ordinaires, *suprà,* sous le numéro 1120 *ter*. Nous persistons dans la distinction d'après laquelle le témoin reproché ne doit pas être entendu si la matière n'est pas sujette à appel, et doit l'être, au contraire, s'il s'agit d'une matière de dernier ressort.

Nous devons ajouter que la première branche de cette distinction a encore été consacrée par la cour de Brux., le 15 avril 1816 (*Pasicrisie,* à cette date), mais que la seconde a été repoussée par un arrêt de la cour suprême du 2 juill. 1835, qui décide que le témoin valablement reproché ne doit pas être entendu en matière sommaire, lors même que la cause est sujette à appel, sauf au tribunal d'appel à ordonner l'audition de ce témoin, s'il juge les

reproches mal fondés. Comme cette audition pourrait devenir impossible, nous n'approuvons pas l'arrêt du 2 juill. 1835.

On sent que la solution que nous donnons à la question en matière de dernier ressort n'est applicable qu'autant que l'enquête a lieu à l'audience. Si, en exécution de l'art. 412, elle avait lieu devant un juge-commissaire, il faudrait se conformer à l'art. 284.]

TITRE XXV.

DE LA PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE (1).

« Les affaires de commerce, dit Montesquieu, » *sont très-peu susceptibles de formalités;* » ce sont des actions de chaque jour, que » d'autres de même nature doivent suivre » chaque jour; il faut donc qu'elles puissent » être décidées chaque jour,.... »

C'est dans cette pensée que le législateur a tracé, pour les tribunaux de commerce, une procédure essentiellement sommaire, dont le but est d'accélérer l'instruction par des formalités aussi simples que l'objet des contestations auxquelles elles s'appliquent, et aussi rapides que l'exigent des actions qui se renouvellent et se succèdent d'un instant à l'autre, et dont souvent l'effet serait nul si la marche en était retardée.

Concilier une prompte décision avec les délais suffisants pour la comparution des parties et l'instruction de la cause, voilà donc tout ce qu'exigeait l'intérêt du commerce, et c'est aussi le principe fondamental de toutes les dispositions du titre XXV. Il est heureux, disait à ce sujet le tribun Perrin, que les conventions du commerce, presque toutes circonscrites dans des règles simples, faciles à connaître, et qui toutes supposent la bonne foi qui doit en être la base, offrent pour leur examen une facilité qui vienne concorder avec le besoin, presque toujours vivement senti, d'une prompte décision.

La procédure devant les tribunaux de commerce se compose en partie des règles prescrites pour les matières sommaires (art. 432), en partie de règles qui lui sont propres.

C'est une procédure spéciale, et, par conséquent, on doit lui appliquer ce que nous avons dit relativement à la procédure également spéciale des justices de paix, et à celle des matières sommaires.

[Savoir, qu'elle n'exclut point l'application des règles ordinaires auxquelles elle ne déroge pas. Ce principe est enseigné, avec raison, par Favard, t. 5, p. 712, n° 1, Thomine, n° 462, et Pardessus, n° 1361.]

Mais il est à remarquer que les dispositions du présent titre ne sont pas les seules que l'on ait à suivre, concernant les formes de procéder dans les affaires commerciales; ces dispositions n'établissent que la procédure ordinaire, qui a pour objet l'introduction de la demande, l'instruction et le jugement; tandis que le Code de commerce contient, *pour certains cas*, des règles particulières qui constituent autant de procédures extraordinaires.

Ces procédures particulières concernent :

1° La tenue des livres (C. comm., art. 11 à 17 inclusivement);

2° La manière de constater et de rendre publiques les sociétés de commerce (art. 59 et suiv.), et la séparation de biens (art. 65 à 70; voy., *infrà*, le tit. VIII du 1er liv., 2e part. du Code);

3° La réception des objets transportés par un voiturier (art. 106 à 108);

4° Les protêts de lettres de change et billets à ordre (art. 168, 173 à 176, et 187);

5° La saisie et la vente des navires (197 à 215 inclusivement, et nos questions sur les article 442 et 620);

6° Certaines obligations à remplir par les

(1) *Voy.* édit de 1553; ord. de 1667, tit. XVI, et de 1673, pour le commerce de terre; de 1681, pour le commerce de mer, et C. comm., livre IV; et en outre, les diverses questions concernant les tribunaux de commerce, qui ne se rapportent directement à aucun article du présent titre, *suprà*, nos 1365 et 1411; *infrà*, les titres de l'appel, de la tierce opposition, de la requête civile, des redditions de compte, de la contrainte par corps, des référés, de l'autorisation de la femme mariée, de la séparation de biens, de la cession de biens, et enfin de l'arbitrage.

On remarquera que les dispositions du titre XXV exigent nécessairement que nous examinions une foule de questions de compétence. Ainsi, quoique nous ayons traité de l'organisation et de la compétence des tribunaux dans un ouvrage séparé, nous avons dû conserver, dans celui-ci, en ce qui concerne ceux de commerce, toutes les questions qui étaient résolues dans notre *Analyse* et dans notre *Traité et Questions;* les autres se trouveront au titre IV, liv. II, de notre nouvel ouvrage, intitulé : *Des lois d'organisation et de compétence en matière civile,* liv. III, tit. IV, chap. 2.

capitaines de navires, soit lorsqu'ils abandonnent le vaisseau pendant le voyage (art. 242 et suiv.), soit lorsqu'il y a lieu à jet ou à contribution (art. 411 et suiv.);

7° Enfin, le mode de constater, d'instruire et de juger les faillites et banqueroutes. (*Voy*. le liv. III, C. comm. en entier, et nos questions sur le tit. XII, liv. Ier de la 2e part. du Code de procédure, *du Bénéfice de cession*.)

Nous n'avons à considérer ici que les dispositions de ce dernier Code sur la procédure ordinaire (1).

Elles ont particulièrement pour objet :

1° La demande; 2° la comparution; 3° les exceptions; 4° les incidents; 5° les voies d'instruction; 6° le jugement en général; 7° le défaut; 8° l'exécution provisoire.

Du reste, il importe de remarquer, sur l'ensemble de ce titre : 1° Que les règles et les formalités qu'il établit régissent même les cours d'appel jugeant les matières commerciales : elles sont spéciales pour ces matières dans les deux degrés de juridiction (Nîmes, 9 août 1819; Sirey, t. 20, p. 262); 2° que ce même titre se réfère au droit commercial, pour toutes les dispositions qu'il ne modifie pas, et qui se concilient avec l'institution des tribunaux de commerce. (Locré, t. 2, p. 170.)

[La première de ces deux propositions nous semble inconciliable avec l'art. 648 du Code de commerce, qui indique pour les appels des jugements commerciaux la procédure tracée au livre III pour les appels civils, et notamment l'art. 463 de notre Code.]

Art. 414. La procédure devant les tribunaux de commerce se fait sans le ministère d'avoués.

[Tar. rais., chap. XIX.]—Ordonn. de 1667, tit. XII, art. 2; de 1673, même titre, art. 11. — C. comm., art. 627, 642 et suiv. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. III, tit. IV, chap. 1er, art. 380. — Locré, t. 9, p. 97 à 100.]

CCCXL. Si la procédure devant les tribunaux de commerce se fait sans ministère d'avoués, néanmoins il résulte de la discussion au conseil d'État, tant sur le Code de commerce (*voy*. Locré, t. 20, p. 9) que sur le Code de procédure (Locré, t. 9, p. 164, n° 26), que les tribunaux de commercce ont encore la faculté de s'attacher des agréés, c'est-à-dire des gens de loi qu'ils approuvent, pour plaider habituellement devant eux. Mais, à la différence des avoués, ces gens n'ont aucun caractère public, et leur ministère n'est point forcé (2).

1487. *Doit-on constituer avoué dans un tribunal de 1re instance remplissant les fonctions de tribunal de commerce?*

Lepage, dans ses *Questions*, p. 277, Coffinières, au *J. Av.*, t. 3, p. 119, maintiennent formellement l'affirmative. L'un d'eux va même jusqu'à dire que l'opinion contraire ne peut être soutenue.

Quoi qu'il en soit, nous avons déjà combattu cette opinion dans le *Journal des arrêts* de la cour de Rennes, t. 1, p. 122, aux notes, et voici ce que nous faisions observer à ce sujet, et ce que nous persistons à considérer comme certain :

Le tribunal civil se constitue en tribunal de commerce, toutes les fois qu'il est saisi d'une affaire commerciale; l'affaire s'instruit et se juge devant lui, de même qu'elle eût été instruite et jugée devant un tribunal de commerce ordinaire. Ainsi les parties doivent comparaître en personne, ou par le ministère, non pas d'un avoué, mais d'un fondé de procuration spéciale, qui, à la vérité, peut être un avoué, mais qui, dans ce cas, n'agit que comme tout autre mandataire. (*Voy*. C. proc., art. 421.)

Loin que le Code de commerce contrarie cette opinion, il la justifie pleinement, puisqu'après avoir dit, dans l'art. 640, que, là où il n'y aurait pas de tribunal de commerce, les juges du tribunal civil en exerceront les fonctions, et connaîtront des matières qui sont attribuées au premier, le législateur prend soin d'ajouter, dans l'article suivant, que l'*instruction aura lieu dans la même forme que devant les tribunaux de commerce*.

Or, quelle est cette forme? Le même Code dispose (art. 642), que c'est celle qui était déjà réglée par le titre XXV, C. proc. Mais ce titre commence par un article rappelé, d'ailleurs, dans l'art. 627, C. comm., qui est ainsi conçu : *La procédure devant les tribunaux de commerce se fait sans le ministère d'avoués*.

Qu'importe que l'art. 648 porte que les appels s'instruiront et se jugeront en matière commerciale, de même qu'ils se jugent et s'instruisent en matière sommaire? On n'a rien à conclure de cette disposition, puisque les appels des jugements rendus par les tribunaux de commerce, proprement dits, se jugent de la même manière, et cependant ces tribunaux n'admettent point le ministère des avoués.

Au reste, nous nous en tenons au rappro-

(1) *Voy*. sur tous ces objets, le *Cours de droit commercial* de Pardessus, et le *Traité de la procédure et des formalités des tribunaux de commerce*, par Boucher; et, sur ce qui concerne la saisie et vente de navires, les obligations des marins, etc., le *Cours de droit commercial maritime* de notre savant compatriote Boulay-Paty.

(2) Nous examinerons, sur l'art. 421, s'ils ont besoin de pouvoir spécial, et s'ils peuvent lier les parties par les aveux ou consentements qu'ils donneraient.

chement que nous venons de faire de divers articles du Code de commerce; il suffit, dans notre opinion, pour écarter la décision des deux auteurs que nous venons de citer (1).

[Aucun auteur n'élève plus de doute sur la justesse de la solution de Carré. Pardessus, t. 51, p. 45, Thomine, n° 463, et Boitard, t. 2, p. 119, l'enseignent positivement. En effet, l'interdiction du ministère des avoués tient à la nature des causes, qui ne change pas avec celle du tribunal chargé de les juger.]

[1487 bis. *Le ministère des avoués est-il aussi interdit devant les cours royales jugeant, en appel, les affaires commerciales?*

Non : puisque, d'après l'observation que nous avons faite à la fin des préliminaires de ce titre, l'art. 648, C. comm., prescrit que les appels seront jugés comme les matières sommaires, et selon la procédure ordinaire des appels civils. Tel est aussi l'avis de Boitard, t. 2, p. 119, qui fait remarquer que cette solution et la précédente n'ont jamais fait difficulté dans la pratique.]

1488. *De ce que le ministère des avoués n'est pas admis dans les affaires commerciales, et qu'elles sont d'ailleurs sommaires de leur nature, s'ensuit-il que l'on ne puisse ordonner, dans ces affaires, ni instruction par écrit ni délibéré?*

On ne peut ordonner l'instruction par écrit, dit Locré, t. 2, p. 101 et 102; mais il n'en est pas de même du délibéré autorisé par les articles 93 et 94.

Cependant nous avons dit, t. 1, *Quest.* 448, que les affaires sommaires ne pouvaient être mises en délibéré sur rapport, d'après l'article 405, qui veut qu'elles soient *jugées à l'audience*, après les délais de la citation échus, sans autres procédures ni formalités. Mais on remarquera que les matières *sommaires* sont tellement simples par leur objet, qu'il serait difficile de prévoir des cas où un rapport serait nécessaire, tandis que les affaires commerciales peuvent souvent présenter une complication de faits qui rende cette instruction indispensable. Au reste, le titre XXV ne renferme aucune disposition dont on puisse induire, comme nous l'avons fait de celle de l'art. 405, que le délibéré sur le bureau soit interdit.

[Nous embrassons cette opinion, avec Pardessus, t. 5, p. 75, et Favard, t. 5, p. 117, n° 4. (*Voy.* la *Quest.* 1478 *bis.*)]

Art. 415. Toute demande doit y être formée par exploit d'ajournement, suivant les formalités ci-dessus prescrites au titre *des Ajournements*.

Tarif, 29. — [Tar. rais., n° 332.] — C. proc., art. 61, 68, 69, §§ 6, 7 et 8; *suprà*, n° 209.—[Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. Ier, chap. 1er, art. 12, *Q.* 33. — Locré, t. 9, p. 247, n° 216.] — (*Voy.* Formule 358.)

CCCXLI. Cette disposition n'offre d'autres remarques à faire, sur son ensemble, si ce n'est qu'il faut extraire, des formalités prescrites par l'art. 61, celle qui exige la constitution d'avoué, et que l'action s'introduit, sans essai de conciliation, même dans les cas où les tribunaux civils remplissent les fonctions de tribunaux de commerce.

[Ces observations, pleines de justesse, se retrouvent dans Pardessus, n° 1363, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 710, Favard, t. 5, p. 713, nos 1 et 3, Vincens, t. 1, p. 86, n° 2, et Boitard, t. 2, p. 119.]

1489. *Quelles sont les règles à suivre dans le cas où le défendeur demeure hors du continent français?*

Ces règles sont celles que prescrivent les art. 73 et 74; car on ne peut douter, dit Locré, t. 2, p. 115, que ces articles ne s'appliquent aussi aux affaires de commerce. Il ne faut pas d'ailleurs perdre de vue cette règle générale, que nous avons déjà rappelée, que, dans une procédure d'exception, comme celle des tribunaux de commerce, la loi est réputée avoir renvoyé au droit commun, toutes les fois qu'elle n'y a pas dérogé d'une manière formelle, et que les règles générales sont d'ailleurs *compatibles avec la nature et l'objet de la procédure spéciale*.

[Pardessus, t. 5, p. 48, et Favard, t. 5, p. 713, n° 3, donnent la même solution, qui est évidente.]

1490. *Mais résultera-t-il de cette solution que l'exploit d'ajournement ou d'appel ne puisse être valablement signifié à un*

(1) Nous ajouterons que cette décision a été implicitement prescrite par un arrêt de la cour de Rennes, du 3 mai 1810, qui décide que les délais accordés par les tribunaux de commerce courent du jour de la prononciation de leurs jugements, par le motif que le législateur, *n'ayant point établi d'avoués dans les tribunaux de commerce*, a fait clairement connaître qu'on ne peut exiger, devant ces tribunaux, l'observation des formalités ordinaires de procéder; qu'ainsi les premiers juges, *remplissant* les fonctions de juges de commerce (*c'était un tribunal civil*), avaient pu déclarer que le délai accordé par un jugement préparatoire avait couru du jour de la prononciation aux parties. Or, il n'eût évidemment couru que du jour de la signification à avoué, dans le cas d'une instance civile ordinaire. La cour de Rennes a donc reconnu que le ministère des avoués n'est pas admis dans les tribunaux de première instance, lorsqu'ils remplacent les tribunaux de commerce. (V. *Question* 1007.)

étranger, dans la personne ou au domicile, en France, de son mandataire spécial?

Par argument de l'art. 69, § 9, et suivant le texte des art. 73 et 74, l'exploit doit être remis au domicile du procureur général, et emporte l'augmentation de délai déterminée par ces articles; mais la cour royale de Rennes, par arrêt du 13 mars 1818, 2e ch., a considéré qu'en matière de commerce particulièrement, un négociant est, en vertu d'une simple lettre, représenté par son correspondant, pour tout ce qui est relatif à l'objet des réclamations qu'il peut être fondé à exercer; que, dans l'intérêt même des étrangers, des formes établies pour les citoyens d'un même état ne doivent pas être étendues à ceux d'une autre nation, dont le domicile peut être incertain et fixé à de grandes distances, qui exigeraient, pour la consommation d'affaires toujours célères, des délais incompatibles avec la nature de ces affaires. Ainsi, cette cour a décidé qu'un acte d'appel avait été valablement notifié à un étranger, au domicile du mandataire qui l'avait représenté en première instance, et aux délais que comportait ce domicile. Nous croyons qu'en effet la célérité qu'exige l'expédition des affaires de commerce justifie cette décision, qui cependant nous semblerait sujette à des difficultés sérieuses, s'il s'agissait d'affaires ordinaires. (*Voy.* t. 1, n° 371.)

[*Voy.* notre *Quest.* 371 *ter,* et nos observations sur la *Quest.* 353 *bis.*]

Art. 416. Le délai sera au moins d'un jour.

[Locré, t. 9, p. 247, n° 216.]

CCCXLII. On voit, par cet article, que la loi ne détermine point le délai de l'assignation, en matière commerciale; elle a considéré que ce délai dépendait des circonstances et de la nature des affaires plus ou moins urgentes, et requérait célérité. Il peut donc être plus long qu'un jour, mais il ne peut être plus court.

1491. *Comment se calcule le délai, dans le cas où l'assignation est donnée à domicile élu?*

Il se calcule d'après la distance du lieu où siége le tribunal et celle de ce domicile, comme nous l'avons dit, n° 520; mais, fait observer Pardessus, t. 5, p. 51, cette faveur ne serait accordée au défendeur que s'il s'agissait de conventions commerciales ordinaires, et non de lettres de change ou autres effets négociables, et le motif de différence est sensible; dans le premier cas, la convention intervient entre deux personnes qui se connaissent et qui n'ignorent pas, malgré l'élection de domicile qu'elles ont faite, leur résidence réelle; dans le second cas, les tiers porteurs ignorent le plus souvent ce domicile; ils ne connaissent pour ainsi dire que le lieu indiqué.

[Cette doctrine est également enseignée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 711, Favard, t. 5, p. 713, n° 3, et Thomine, n° 464: nous y adhérons volontiers.]

1492. *Le délai d'un jour est-il franc?*

C'est l'opinion de tous les auteurs, à la seule exception de Legras, dans ses notes sur la forme de procéder des tribunaux de commerce, p. 17. Nous croyons aussi que le jour est franc, parce que les dispositions de l'art. 1033 sont générales (1).

[Et c'est précisément le motif qui, dans la rédaction définitive de notre article, fit retrancher le mot *franc* comme inutile. (*Voy.* les observations du tribunat; Locré, t. 21, p. 509, n° 216). Aussi la solution qu'on vient de lire est-elle approuvée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 710, Favard, t. 5, p. 715, n° 3, Thomine, n° 464, et Pardessus, t. 5, p. 50.]

Art. 417. Dans les cas qui requerront célérité, le président du tribunal pourra permettre d'assigner, même de jour à jour et d'heure à heure, et de saisir les effets mobiliers: il pourra, suivant l'exigence des cas, assujettir le demandeur à donner caution, ou à justifier de solvabilité suffisante. Ses ordonnances seront exécutoires nonobstant opposition ou appel.

[Tar. rais., n°s 333 et 334.] — Ordonn. de 1667, titre XIV, art. 14. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. III, tit. IV, chap. 2, art. 394, n° CCXXVIII, et art. 401, n° CCXLV.] — (*Voy.* Formule 359.)

CCCXLIII. Autrefois l'on pouvait, sans permission du juge, assigner la veille pour le lendemain, et presque toujours on faisait de cette faculté un abus qui donnait lieu à des remises de la cause, lorsque le défendeur prouvait qu'il

---

(1) Au reste, les art. 417 et 418 préviennent tout inconvénient, en permettant qu'on assigne, d'heure à heure, de jour à jour, avec ou sans ordonnance du président, suivant les circonstances et la nature des affaires. Dans tous les cas, l'on doit augmenter le délai à raison des distances, conformément à l'art. 1033, et sauf la distinction établie sur la *Quest.* 1494. (*V.* Delaporte, p. 383, le Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 3, p. 498; Hautefeuille, p. 229.)

[Un arrêt de la cour de cassation du 4 juin 1806, a consacré la nécessité de l'augmentation du délai à raison des distances.]

n'y avait pas urgence, ou qu'on ne lui accordait pas le temps nécessaire pour préparer et fournir ses moyens. Le législateur a sagement concilié les intérêts des deux parties, en laissant au président du tribunal la liberté d'abréger le délai général fixé par l'article qui précède. On lui présente, à cet effet, ou au juge qui le remplace, une requête, qu'il expédie d'une ordonnance exécutoire par provision. C'est de la même manière qu'on doit se pourvoir pour obtenir la permission de saisir, afin de conserver pendant le litige le gage des condamnations que l'on entend poursuivre, et qui, sans cette précaution, pourrait trop souvent échapper au demandeur.

[1492 bis. *L'ordonnance du président du tribunal de commerce portant permission d'assigner à bref délai, ou de saisir les meubles et effets, est-elle susceptible d'opposition ou d'appel?*

Oui, sans contredit. Les dernières expressions de l'art. 417, qui déclarent ces ordonnances exécutoires nonobstant opposition ou appel, ne laissent pas de doute sur ce point.

Mais cette disposition est évidemment une exception aux vrais principes, une exception que rien ne justifie, et qu'on est tenté d'appeler une erreur législative.

Les ordonnances du président du tribunal de commerce destinées à abréger les délais de comparution, sont-elles d'une autre nature que les ordonnances que rend, dans un semblable but, le président d'un tribunal civil, en vertu de l'art. 72?

Non, sans doute. Or, nous avons démontré, sur la *Quest.* 378, que celles-ci sont souveraines et ne sont susceptibles d'aucun recours : qu'elles appartiennent à l'exercice de cette juridiction que nous avons appelée gracieuse, parce qu'elle ne consiste point à juger une contestation, mais à accorder ou refuser l'objet d'une demande.

Ici même caractère, même position.

La faculté de demander l'abréviation est accordée, à qui? à celui dont l'affaire est pressante. Si le président commet une erreur en lui accordant la permission qu'il demande, le tribunal ne pourra-t-il pas octroyer un délai plus long au défendeur qui le réclamera? ni ses droits ni la défense ne seront donc compromis.

Si, au contraire, l'affaire est réellement urgente, n'est-ce pas compromettre les droits du demandeur, rendre sans effet tout le bénéfice de l'abréviation du délai, que de soumettre l'ordonnance qu'il a obtenue à des voies de recours qui pourront renvoyer le jugement de la cause à un terme plus long que celui qu'il aurait atteint en usant du délai ordinaire et légal de l'art. 416? Car on ne supposera sans doute pas, qu'en vertu de la dernière disposition de l'art. 417, qui prescrit l'exécution provisoire, le tribunal puisse passer au jugement du fond avant le règlement définitif de l'opposition ou de l'appel relevés contre l'ordonnance du président. A quoi aboutirait, s'il en était ainsi, cette opposition ou cet appel? L'ordonnance est exécutée quand l'assignation à bref délai a été donnée : il n'y a donc que l'assignation qui puisse être donnée nonobstant opposition ou appel; le reste de la procédure devra être suspendu. Avec cette restriction, on le voit, la marche tracée par l'art. 417, bien loin d'accélérer, comme c'est son but, le jugement de l'affaire, aura le plus souvent pour effet de la retarder.

Quant aux ordonnances qui permettent de saisir provisoirement les meubles et effets du débiteur, le même raisonnement peut leur être appliqué.

Elles sont rendues sur simple requête de la partie : elles ne décident pas une contestation, elles n'appartiennent pas à la juridiction contentieuse. L'appel et l'opposition sont, en règle générale, inconciliables avec de pareilles circonstances.

Elles sont destinées à conserver les droits du demandeur, qu'un simple retard d'un moment pourrait compromettre. Rempliraient-elles leur but si le défendeur pouvait les faire annuler, avec la saisie qui les aurait suivies, avant que le fond de la contestation eût été jugé? Ne serait-ce pas donner à ce défendeur le moyen de frustrer son adversaire d'un gage légitime, lorsque le jugement du fond peut lui offrir un moyen aussi sûr et aussi prompt d'obtenir justice?

Locré, *Espr. du Code de proc.*, t. 2, p. 116, nous apprend que quelques tribunaux de commerce, dans leurs observations sur l'art. 417, avaient demandé que ces assignations pussent être données, et que ces saisies conservatoires pussent avoir lieu sans permission du juge; à plus forte raison, la permission ayant été trouvée nécessaire, ces tribunaux auraient-ils demandé que l'ordonnance du juge ne fût pas susceptible de recours.

On ne saurait donc s'expliquer la demande du tribunat, tendant à rendre l'ordonnance exécutoire nonobstant opposition ou appel, qu'en l'attribuant à une préoccupation irréfléchie et à un oubli des principes de la matière.

Mais la loi n'en existe pas moins. Aussi la cour de Brux., le 17 mars 1812 (Sirey, t. 14, p. 369), a-t-elle eu raison de déclarer cette ordonnance sujette à l'opposition devant le président lui-même, lorsqu'elle a été rendue par défaut, et à l'appel devant la cour royale, lorsque, rendue en premier ressort, elle aura été contradictoire. L'interprétation qui la soumettrait indifféremment dans les deux cas, soit à l'opposition, soit à l'appel, méconnaîtrait les

principes les plus élémentaires. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 711 et 712, enseigne que l'opposition à l'ordonnance doit être portée devant le tribunal de commerce; ceci tient à une confusion dans la hiérarchie des pouvoirs judiciaires, dont nous avons aussi fait sentir le vice sur la *Question* 378.

Quoique nous ayons dit que l'ordonnance était accordée sur requête, il ne faut pas en conclure qu'on doive employer, en cette matière, les formes usitées pour obtenir les ordonnances du président du tribunal civil : une requête écrite n'est pas nécessaire; elle ne passerait pas même en taxe; un exposé verbal est suffisant.]

1493. *Peut-on, sans la permission du président, assigner de jour à jour ou d'heure à heure, sauf à prouver l'urgence en plaidant?*

Legras semble décider affirmativement cette question, p. 19. Il se fonde sur ce que l'article 418 dérogerait à l'art. 417, relativement aux matières urgentes et provisoires.

Demiau, p. 304, distingue; il admet l'opinion de Legras pour les cas provisoires où il s'agirait d'ordonner une précaution, une mesure conservatoire; mais il la rejette pour les cas qui, bien qu'urgents, ne seraient pas *provisoires,* et exigeraient une condamnation définitive.

Nous pensons, contre le sentiment de ces auteurs, que l'art. 418 ne fait d'exception à l'art. 417 qu'à l'égard *des affaires maritimes, urgentes et provisoires*, et qu'en conséquence, dans tous les autres cas, on doit se conformer rigoureusement à ce dernier article. C'est ce que nous tâcherons de prouver sur l'art. 418. Nous avons seulement à remarquer ici que les exemples qu'apporte Demiau, du cas où l'on pourrait, dans son opinion, assigner sans permission, sont ceux où il s'agirait d'ordonner une vérification à faire de suite de certaines marchandises avariées, d'un ballot ou d'une caisse enfoncée, d'une marchandise changée ou non recevable. Mais ces cas ont été prévus par l'art. 106, C. comm., qui ordonne que l'état des choses sera vérifié et constaté par des experts nommés par le président, ou, à son défaut, par un juge de paix, et par ordonnance au pied d'une requête. Or, cette requête n'a pas besoin d'être signifiée ; il n'est pas exigé que l'ordonnance soit contradictoire : il n'y a donc lieu à aucune application de l'art. 418, qui, conséquemment, ne dérogerait pas pour ces mêmes cas à l'art. 417, en supposant qu'il fît exception pour des affaires autres que les affaires *maritimes, urgentes et provisoires*.

[*V.* notre opinion à la *Quest.* 1500.]

1494. *Lorsque l'assignation est donnée à bref délai, dans les cas prévus par l'article* 417, *doit-on néanmoins accorder l'augmentation en raison des distances?*

Nous pensons, avec Lepage, p. 276, que l'augmentation ne doit être accordée que dans le cas où l'assignation serait donnée au domicile de la partie, et non dans celui où elle serait remise à sa personne, trouvée sur les lieux. C'est pour ce cas particulier qu'a été portée la disposition de l'art. 417, qui serait illusoire si l'opinion de Lepage était rejetée.

Au surplus, cette opinion de Lepage est conforme à ce que dit Rogues, dans sa *Jurisp. consulaire,* t. 1, p. 44, n° 4 (1).

[Nous doutons que l'art. 417 ait été fait pour le cas particulier où le défendeur est trouvé au lieu où siége le tribunal : rien dans le texte de la loi ne l'indique, et il nous semble plus exact de dire que l'art. 417 est fait pour tous les cas; car il considère la nature de l'affaire, que ne peut modifier l'absence ou la présence du défendeur sur les lieux.

Or, sur la *Quest.* 378 *ter*, t. 1, p. 472, nous avons décidé que le pouvoir conféré, dans les matières ordinaires, au président du tribunal civil, d'abréger le délai de l'assignation, s'étendait aux délais supplémentaires de l'article 1033, comme au délai fixe de l'art. 72. Nul motif de resserrer dans de plus étroites limites, le pouvoir attribué par l'art. 417 au président du tribunal de commerce.

Mais la disposition de l'art. 418 est évidemment plus favorable encore au demandeur que celle de l'art. 417; c'est pour accélérer de plus en plus la marche de la procédure qu'elle a été introduite. On ne peut donc, sans contradiction, supposer au législateur plus d'exigence dans le cas de l'art. 418 que dans celui de l'article 417. On doit dire que ce qu'il a attribué, dans l'art. 417, au président, il l'a laissé, dans l'art. 418, à la pleine discrétion du demandeur, qui peut, en conséquence, de sa propre autorité, se dispenser soit des délais ordinaires, soit des délais supplémentaires.

Une autre intention de la part du législateur serait d'ailleurs incompatible avec la faculté qu'il donne d'assigner de jour à jour, *d'heure à heure*. Cette faculté ne serait-elle pas illusoire, s'il fallait toujours observer les délais de distance?

Enfin, son désir d'abréger à tout prix ne

(1) Tel est aussi l'avis de Pardessus, t. 5, p. 52. Il n'admet l'augmentation qu'autant que l'assignation n'aurait pas été donnée à la personne du défendeur, ou qu'il eût été trouvé dans un autre lieu que celui où siége le tribunal.

ressort-il pas de ces mots de l'article : *Le défaut pourra être jugé sur-le-champ?*]

1495. *Le président peut-il autoriser une saisie-arrêt?*

L'art. 417 ne semblerait parler que de la saisie des meubles existants aux possessions d'un débiteur qu'il s'agit d'assigner à bref délai devant le tribunal de commerce; mais nous croyons que cette disposition doit être étendue à la saisie-arrêt, d'après l'esprit de la loi, qui est d'assurer les droits du créancier (1); aussi voyons-nous que la cour de Turin, par arrêt du 17 janv. 1810, a décidé que, lorsqu'il s'agit d'une créance commerciale, les tribunaux de commerce, seuls compétents pour juger de la légitimité de la créance, le sont aussi pour autoriser le créancier qui n'a point de titre exécutoire à faire saisir-arrêter les sommes dues à son débiteur (2).

[Pardessus, t. 5, p. 22, Thomine, n° 465, et Boitard, t. 2, p. 121, adoptent cette opinion, qui ne nous paraît pas souffrir de difficulté; mais *voyez* la *Quest.* 1930 *bis*.]

1496. *Quand le président du tribunal de commerce, ou le tribunal lui-même, a autorisé une saisie-arrêt, la demande en validité ou en mainlevée peut-elle être jugée par ce tribunal?*

Jousse nous paraît résoudre affirmativement cette question, dans son addition au titre *de la Compétence des juges-consuls*. (Tit. XII de l'ord. de 1673.) Il dit « qu'à l'égard des contestations qui peuvent naître entre le saisissant et le débiteur saisi, à l'occasion des saisies faites en vertu des sentences consulaires, les juges-consuls peuvent en connaître, soit que la saisie ait été faite sur le débiteur même, soit qu'elle ait été faite entre les mains d'*un tiers*. »

Il nous paraît incontestable que la demande en validité ou en mainlevée se trouve comprise parmi les contestations dont parle Jousse.

D'un autre côté, l'on trouve au *J. du Pal.*, 2e semestre an XI, n° 161, p. 252, un arrêt de la cour de Paris, qui décide qu'un tribunal de commerce peut statuer sur une demande en mainlevée d'opposition accessoire à une cause de sa compétence, et agitée entre parties commerçantes.

Mais Merlin considère cette jurisprudence comme abrogée par les articles 442 et 553 (3). (V. *Répert.*, v° *Consuls des marchands*.)

[*V.* notre *Quest.* 1953.]

1497. *Ces mots de l'art.* 417, JUSTIFIER DE SOLVABILITÉ SUFFISANTE, *expriment-ils que la partie qui est autorisée à saisir doive* TOUJOURS *administrer des preuves de sa solvabilité?*

A ne s'attacher rigoureusement qu'aux termes de l'article, on serait porté à croire que le saisissant doit fournir des preuves de sa solvabilité, soit en donnant un dénombrement de ses biens, soit en produisant l'inventaire qu'il aurait fait en exécution de l'art. 9, C. comm.; mais il nous semble que les expressions qui font l'objet de notre question doivent être interprétées par ce qui se pratiquait avant la publication du Code de procédure: on n'exigeait d'autre preuve de la solvabilité d'un négociant que la notoriété de son crédit. (*V.* Bornier, sur l'art. 3 du tit. XXVIII de l'ord. de 1667, et Émerigon, *Traité des Assurances*, t. 2, p. 346.)

La solvabilité doit donc être considérée comme étant suffisamment *justifiée*, du moment qu'il sera reconnu que le saisissant a toujours fait honneur à ses affaires, qu'il n'a point eu de protêt, et que son papier se négocie au cours de la place et sans difficulté. (*Voy.* Boucher, p. 28.)

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 712, Thomine, n° 465, et Boitard, t. 2, p. 121, expliquent de la même manière les expressions de l'article 417. Cette interprétation nous paraît conforme à l'esprit de la loi. S'il s'agissait d'une caution à fournir, le président pourrait aussi sans contredit dispenser des formes tracées pour sa réception par l'art. 440, comme le fait observer Pigeau, *ubi suprà*.]

1498. *L'art.* 617 *n'indiquant que le président du tribunal de commerce, à l'effet d'ordonner la permission d'abréger le délai de l'assignation ou de saisir, ce magistrat pourrait-il, en cas d'empêchement, être remplacé par tout autre juge?*

Nous estimons qu'on doit considérer, comme étant de règle générale, que le plus ancien juge, suivant l'ordre du tableau, remplace le président empêché, et que cette règle doit être observée dans les tribunaux de commerce comme elle l'est dans tous les autres.

---

(1) [* Brux., 20 mai 1840; J. de B., 1841, p. 149.]

(2) Il est vrai que, dans l'espèce de cet arrêt, la saisie avait été ordonnée par le tribunal entier, et non par le président seul; mais, par cette décision, la cour de Turin n'a fait autre chose que de déclarer que le tribunal de commerce devait être considéré, dans l'espèce, comme substitué au juge indiqué en l'article 559 du Code de procédure civile. Or, nous ferons connaître, sur cet article, que ce juge est le président du tribunal civil. [*Voy.* la *Quest.* 1930 *bis*.]

(3) Aussi la cour de Rennes a-t-elle décidé, par arrêt du 14 déc. 1810 (Dalloz, t. 24, p. 31), que le tribunal de commerce n'est pas compétent pour connaître d'une demande en validité de saisie-arrêt. (*Voy.* Demiau, p. 318.) Telle est aussi l'opinion de Pardessus, t. 5, p. 22 et 23.

(*V.* d'ailleurs les art. 807 et 811, C. proc., et Boucher, p. 73.)

[Cela est de toute évidence.]

Art. 418. Dans les affaires maritimes où il existe des parties non domiciliées, et dans celles où il s'agit d'agrès, victuailles, équipages et radoubs de vaisseaux prêts à mettre à la voile, et autres matières urgentes et provisoires, l'assignation de jour à jour ou d'heure à heure pourra être donnée sans ordonnance, et le défaut pourra être jugé sur-le-champ.

Tarif, 29. — Ordonn. de 1681, liv. Ier, tit. II, art. 2.

CCCXLIV. La disposition de l'article ci-dessus est tirée de l'art. 2, liv. Ier, tit. II de l'ordonnance de la marine, et présente une modification de l'article précédent, fondée sur ce que les affaires maritimes sont de leur nature urgentes et provisoires. Ainsi, pour ces matières, l'assignation de jour à jour ou d'heure à heure, peut être donnée sans autorisation du juge, *même les jours de fête* (Valin, art. 3 *de la Jurid. de la marine*, p. 393), et le défaut prononcé sans aucune remise pour en adjuger le profit.

1499. *Qu'entend-on par ces mots,* AGRÈS, VICTUAILLES, ÉQUIPAGES *et* RADOUBS, *employés dans l'art.* 418?

Le mot *agrès* se dit des cordages, poulies, et autres manœuvres d'un vaisseau. On entend par *victuailles* les vivres, les provisions de bouche nécessaires à la consommation de ceux qui montent le vaisseau; par *équipages,* les approvisionnements nécessaires pour l'*équiper,* pour l'armer; les *radoubs* sont les travaux faits pour en réparer la carcasse et la charpente, en y employant des ais, des plaques de plomb, des étoupes, du brai, et tout ce qui peut arrêter les voies d'eau.

1500. *Ces mots du même art.* 418, ET AUTRES MATIÈRES URGENTES ET PROVISOIRES, *s'appliquent-ils aux affaires du commerce de terre, ou seulement aux affaires maritimes ?*

On a vu, sur la *Quest.* 1493, que Legras estime que ces mots s'appliquent à toutes affaires commerciales indistinctement; que Demiau-Crouzilhac est du même avis, pour certains cas qu'il détaille; qu'enfin, ces deux auteurs considèrent que l'art. 418 modifie, sous ce rapport, la disposition de l'art. 417, qui veut que l'on ne puisse, en général, abréger les délais qu'avec permission du président; et telle est l'opinion de Pardessus, puisqu'après avoir rapporté, t. 5, p. 53, le texte de l'article 418, il s'exprime ainsi : « Il en est de même » lorsqu'une affaire, quoique non maritime, » est urgente, et nécessite une décision dont le » retard serait nuisible. Le défendeur peut » ensuite contester cette urgence et faire re- » mettre la cause, s'il comparait, ou soutenir » la nullité du défaut, s'il n'a pas comparu; » et alors le tribunal apprécie les motifs du » demandeur. »

Nous croyons, au contraire, que l'art. 418 ne présente une exception à l'art. 417 que pour le cas d'affaires maritimes; c'est ce qui nous semble résulter du passage suivant du rapport du tribun Perrin. Il s'exprime ainsi, après avoir rappelé le sommaire de l'art. 417 : « L'assignation de jour à jour, ou d'heure à heure, est encore plus facilitée *dans les affaires maritimes, qui sont urgentes et provisoires.* » Ainsi, cet orateur n'applique qu'aux affaires maritimes seulement la qualification dont il s'agit. Si l'on devait décider autrement, il ne faudrait pas dire que l'art. 418 a modifié l'article 417; il faudrait admettre quelque chose de plus, c'est qu'il aurait entièrement rendu celui-ci non susceptible d'exécution; car, quelle serait la différence qu'il y aurait entre les matières célères du commerce de terre ou de mer, pour lesquelles on aurait besoin de permission, et les matières *urgentes,* pour lesquelles on n'en aurait pas besoin? On ne peut admettre qu'un article de la loi ait entendu rendre sans effet l'article qui le précède immédiatement (1).

Nous nous bornons à ces courtes réflexions, mais en remarquant que nous pourrions les appuyer de l'opinion de plusieurs auteurs. (*V.*, entre autres, Valin, *Comm. sur l'ord. de la marine,* liv. Ier, tit. II, art. 2, *Prat.,* t. 2, p. 460, Thomine, n° 98, Hautefeuille, p. 230, et la *Quest.* 1493.)

[La solution de Carré, admise par Favard, t. 5, p. 713, n° 3, Thomine, n° 464, et Boitard, t. 2, p. 122, nous paraît d'autant plus incontestable, que ces mots, *dans les affaires maritimes,* semblent avoir été mis en tête de l'article, avec l'intention d'en faire une espèce de titre, de

(1) Les affaires maritimes urgentes, dont notre article ne parle qu'en général et sans les spécifier, seraient, par exemple, les demandes en exécution de chartes-parties, soit de la part du capitaine, soit contre lui; celles en payement d'avaries causées par abordage ou autrement; celles où il s'agit de visite et estimation d'experts; celles en payement de gages et salaires et de fret; celles tendant à signature du connaissement, à chargement ou délivrance de marchandises, etc.; en un mot toutes celles qui exigent célérité, et pour lesquelles il y aurait péril dans la demeure. (*Voy.* Valin, notes sur l'article de l'ordonnance cité au *Commentaire.*)

rubrique pour toutes les dispositions qu'il contient.

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 713, fait observer avec raison que la dispense de cet art. 418 ne s'applique qu'aux assignations, et jamais aux saisies, lesquelles, dans aucun cas, ne peuvent avoir lieu préventivement sans la permission du président.]

1501. *La disposition de l'art.* 418 *peut-elle recevoir son application, si le vaisseau n'était pas prêt à mettre à la voile?*

L'affirmative pourrait être appuyée de l'opinion de Valin, mais le texte de l'art. 418 nous paraît ne dispenser de l'autorisation que dans le cas où le vaisseau est prêt à partir.

[C'est aussi notre opinion.]

1502. *Que doit faire le tribunal, s'il ne reconnaît pas l'urgence?*

Si l'objet ne paraît pas urgent, le tribunal, lorsque la partie se présente, peut, sur sa demande, renvoyer à statuer, à l'expiration des délais légaux (*voy.* Pardessus, *ubi suprà*); si, au contraire, la partie ne se présente pas, il ne peut donner défaut, et nous pensons même qu'il doit, en cette circonstance particulière, ordonner une nouvelle assignation.

[Et les frais de la première demeureront à la charge du demandeur, quel que soit le résultat du procès.]

Art. 419. Toutes assignations données à bord à la personne assignée seront valables.

Ordonn. de 1667, tit. XII, art. 17. — Ordonn. de la marine, liv. Ier, tit. XI, art. 1er. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. III, tit. IV, ch. 2, art. 398.]

CCCXLV. L'ordonnance de la marine portait : « Tous exploits donnés aux *maîtres et » mariniers dans le vaisseau, pendant le » voyage*, seront valables comme s'ils étaient » faits à domicile; » et, par conséquent, la disposition était restreinte à ces personnes, et au temps pendant lequel le bâtiment était en voyage; tandis que l'art. 419 comprend, dans la généralité de ses termes, toutes sortes de personnes qui se trouvent à bord, et ne suppose point, pour la validité de l'assignation, que le vaisseau soit en voyage; bien entendu, toutefois, que celui auquel elle est adressée y soit attaché comme employé, passager ou autrement.

[C'est l'avis de Boitard, t. 2, p. 123, et nous le partageons.]

1503. *L'art.* 419 *ne peut-il recevoir son application que lorsque l'assignation a pour objet une affaire de la nature de celles indiquées par l'art.* 418?

Delaporte, t. 1, p. 386, et les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 499 et 500, tiennent l'affirmative de cette question. L'art. 419, disent-ils, ne doit être regardé que comme une suite de celui qui le précède, et se réfère aux matières dont il s'agit en ce précédent article : ainsi, l'on ne pourrait donner, à bord d'un vaisseau, une assignation à un particulier qui serait sur ce vaisseau, que lorsqu'il s'agirait d'affaires maritimes.

Hautefeuille, p. 230, limite également à ces affaires l'application de l'art. 419. *Dans la même espèce*, dit-il (et l'auteur vient de parler des affaires maritimes), *l'assignation*, au lieu d'être donnée à domicile, peut être donnée à bord, à la personne assignée. Tel paraît être aussi le sentiment de Thomine.

Ne pourrait-on pas objecter que, si le législateur eût entendu rattacher l'art. 419 à l'espèce de l'art. 418, il ne se fût point servi de ces mots, *toutes assignations*, qui paraissent exprimer qu'il a voulu comprendre toutes espèces d'assignations, quels que fussent la nature et l'objet de la demande? qu'en se servant, au contraire, de termes aussi généraux, il a voulu écarter la restriction que maintiennent les auteurs que nous venons de citer? qu'autrement, et pour lier les deux articles, il eût dit, *en ces cas, l'assignation sera donnée?* qu'enfin, cet article a été fait pour prévenir les difficultés que l'on aurait souvent à connaître le domicile actuel ou d'origine d'un marin, qui, quelquefois, loge et couche dans le vaisseau, et n'a aucun établissement à terre? Or, ce motif ne s'applique-t-il pas à tous les cas?

Quoi qu'il en soit, et malgré les différences qui se trouvent entre les termes de l'art. 1er du tit. XI, liv. Ier de l'ord. de la marine, et ceux de l'art. 418, nous croyons qu'il est prudent de suivre le sentiment des auteurs que nous avons cités; ils ont pour eux celui de Valin; et l'autorité de ce savant commentateur, réunie à leur opinion, nous paraît forcer les suffrages.

[Thomine, n° 467, partage aussi l'opinion de Valin, et nous croyons qu'il est bien difficile de ne pas l'adopter quand on considère la place occupée par l'art. 419.]

1504. *Pour que l'assignation donnée à bord soit valable, faut-il qu'elle soit remise à la personne?*

Nous avons résolu cette question pour l'affirmative à la *Quest.* 353, t. 1, p. 299, en nous attachant à ces termes de l'article, *toutes assignations données à bord*, À LA PERSONNE ASSIGNÉE. Delaporte la résout de la même manière, t. 1, p. 386; mais les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 498, font contre cette solution une objection vraiment sérieuse, c'est celle-ci : Tout exploit donné, en parlant à la personne même de l'individu assigné, est toujours valablement signifié. Il im-

porte donc peu, pour la validité de l'assignation, que celle qui s'adresse à un marin lui soit notifiée à bord ou dans tout autre lieu : donc la disposition de l'art. 419 serait inutile, si elle exprimait qu'il faut que cette signification soit faite à la personne; donc elle a entendu disposer que l'assignation donnée à bord sera valable, comme si elle avait été donnée au domicile, et encore bien que la copie eût été remise au capitaine ou à un autre officier du bâtiment.

Cette raison a pour appui celle de Valin, *ubi suprà*, et, comme nous venons de le dire, c'est une autorité vraiment imposante; il s'exprime ainsi : « A la vérité, il est plus court, et par là même plus ordinaire, de délivrer l'exploit *parlant à la personne;* mais enfin cela n'empêche pas que le *délaissement puisse en être fait valablement dans le navire.* » (*Voy.* aussi Rogues, t. 1, p. 142.)

Quoi qu'il en soit, nous croyons que le texte du Code rejette cette opinion et qu'il est prudent de se conformer à celle que nous avons émise.

[L'objection élevée contre le système de Carré et qu'il rapporte lui-même, nous paraît impossible à réfuter : aussi a-t-elle déterminé Berriat, *h. t.*, note 7 (*a*), Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 713, Pardessus, nº 1366, Thomine, nº 466, et Boitard, t. 2, p. 123, à suivre l'opinion de Valin. Nous adoptons aussi cette interprétation qu'ont sanctionnée deux arrêts, l'un de la cour de Brux., 16 mai 1815 (*Pasicrisie* à cette date), l'autre de la cour de Caen, 22 janv. 1827. Ce dernier est surtout motivé avec beaucoup de force.

Ainsi, concluons que toute personne attachée au navire en qualité de membre de l'équipage ou de passager, sera valablement assignée, pour affaire maritime, par un exploit laissé à bord à toute autre personne également attachée au vaisseau : nous avons déjà émis cette opinion, t. 1, p. 299, note 3.]

1505. *Faut-il, pour que l'assignation soit valable à bord, que la personne soit sur le point de partir ?*

On pourrait le croire, d'après les expressions de Pardessus, nº 1366. « Si, dit-il, la personne » qu'il s'agit d'assigner est sur le point de par- » tir dans un navire prêt à faire voile, ce qui » est facile à prouver par le rôle d'équipage, » l'assignation donnée à bord est aussi valable » que si elle était donnée à domicile. »

Nous croyons que la généralité des termes de l'article s'oppose à cette distinction (*voy.* le comm. de l'article), que l'on doit d'autant moins admettre, que la disposition a aussi pour objet, comme nous l'avons remarqué sur la *Quest.* 1503, d'éviter les difficultés résultant de l'ignorance où l'on peut se trouver souvent sur le domicile du marin.

[Nous pensons sur cette question comme Carré.]

1506. *L'art.* 419 *s'applique-t-il aux voituriers par terre et par eau ?*

« Les motifs de cet article, dit encore Pardessus, *ubi suprà*, pourraient s'étendre aux » voituriers par terre et par eau ; et ainsi une » assignation serait valablement donnée, sui- » vant cet auteur, au bateau ou à l'auberge » dans laquelle loge le voiturier. » Il ne serait pas prudent, selon nous, de s'en rapporter absolument à cette opinion, attendu qu'il s'agit ici d'une exception aux règles générales, et que l'identité des motifs n'est pas une raison suffisante pour étendre une exception d'un cas à un autre que la loi n'a pas excepté.

[Nous répugnons aussi, avec Thomine, nº 466, à l'extension proposée par Pardessus, à moins qu'il ne soit constant que le batelier n'a ni domicile, ni résidence, autre que son bateau.]

ART. 420. Le demandeur pourra assigner, à son choix,

Devant le tribunal du domicile du défendeur ;

Devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée ;

Devant celui dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué.

Ordonn. de 1673, tit. XII, art. 17.—[Carré, *Compét.*, 2e part., liv. II, tit. Ier, chap. Ier, art. 225, *Q.* 192; 2e part., liv. II, tit. Ier, chap. 1er, art. 228, nº CXLI. à la note, *Q.* 201, p. 304 et 305; 2e part., liv. III, tit. IV, chap. 2, art. 385, *Q.* 514; 2e part., liv. III, tit. IV, chap. 2, art. 398, et nº CCLII. — Locré, t. 9, p. 163, nº 24.]

CCCXLVI. D'après cet article, qui reproduit presque littéralement les dispositions de l'art. 17 du tit. XII de l'ord. de 1673, le domicile n'est pas seul attributif de la juridiction, ainsi qu'il l'est dans les matières personnelles ordinaires. Le défendeur peut encore être cité devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou devant celui du lieu où le payement doit être effectué; dispositions conformes, la première, à la loi *Si longiùs, ultim., ff., de Judic.*, la seconde, aux lois 19, § 4, *ibidem*, et 1re, C. *de eo quod certo loco.* Elles ont pour but de favoriser le commerce, par l'avantage qu'offre au demandeur la faculté de choisir celui des trois tribunaux désignés qui, selon l'ordre ordinaire des négociations commerciales, lui semble devoir lui épargner, autant que possible, les inconvénients qui résulteraient de l'obligation de poursuivre exclusivement son action devant le tribunal du domicile du défendeur. Celui-ci, d'un autre côté, n'a point à se plaindre de cette fa-

veur dont il profite, à son tour, dans les mêmes circonstances, et, d'ailleurs, il s'est soumis d'avance à la juridiction des tribunaux auxquels la loi attribue la concurrence, en passant les transactions commerciales dont elle dérive.

[Nous pensons que l'art. 420 ne déroge qu'à la règle commune de l'art. 59, à celle qui veut que le défendeur soit traduit, en matière personnelle, devant le tribunal de son domicile.

Quant aux exceptions que contient cet article, pour les cas où il y a plusieurs défendeurs, où il s'agit de garantie, de faillite, de société, d'élection de domicile, etc., elles conservent tout leur empire, comme le fait observer Carré, dans ses *Lois de la Compét.*, art. 398, et n° CCXLII. (Voy. *infrà, Quest.* 1513.)]

[**1506** bis. *Comment faut-il entendre le premier paragraphe de l'art.* 420?

Il faut l'entendre dans ce sens que toutes les règles de l'art. 59, relatives aux demandes mobilières, sont applicables, suivant les cas, aux matières commerciales.

Ainsi, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, on peut les assigner tous au domicile de l'un d'eux. *V.* la *Quest.* 1513.)

Ainsi, lorsque le défendeur n'a point de domicile connu, on peut l'assigner devant le tribunal de sa résidence. (Brux., 29 juin 1824; J. de B., t. 2 de 1824, p. 145.)

Ainsi, le domicile élu dans un exploit de demande peut remplacer le domicile réel et devenir attributif de *juridiction*, surtout pour une demande reconventionnelle. (Paris, 21 fév. 1810, Sirey, t. 7, p. 922, et cass., 9 juin 1830, Sirey, t. 30, p. 263.) Enfin les circonstances de litispendance et de connexité peuvent aussi occasionner le renvoi d'une cause devant un tribunal précédemment saisi. (Cass., 19 mars 1812; Sirey, t. 12, p. 247.)

Au reste le commerçant est justiciable du tribunal du lieu dans lequel il a déclaré vouloir fixer son domicile, et où il a établi son commerce, quoiqu'il n'y demeure pas (Paris, 27 sept. 1809); et, lorsqu'une maison de commerce quitte l'endroit où était son établissement, et se fixe dans une autre ville, elle peut être assignée en payement des obligations qu'elle a contractées dans sa première résidence, ou devant les juges de son nouveau, ou devant ceux de son ancien domicile. (Aix, 14 janv. 1825; Sirey, t. 26, p. 66.)]

1507. ***Pour que le défendeur puisse être assigné devant un autre juge que celui de son domicile, faut-il nécessairement le concours des deux circonstances mentionnées dans la seconde disposition de l'art. 420? [Cette disposition s'applique-t-elle indistinctement aux demandes du vendeur et de l'acheteur?]***

Sous l'empire de l'ord. de 1673, il s'était élevé des difficultés sur la question que nous venons de poser; mais le dernier état de la jurisprudence était fixé pour l'affirmative. (*Voy.* Jousse, sur l'art. 12.) Or, comme l'ordonnance, l'art. 420 exige le concours des deux circonstances du lieu où la promesse a été faite, et de celui où la marchandise a été livrée : il y a donc même décision à rendre; et c'est d'ailleurs ce que la cour d'Angers avait jugé par un arrêt du 3 janv. 1810 (Sirey, t. 14, p. 199; Dalloz, t. 5, p. 444), et ce que la cour de cass. a consacré par celui du 20 janv. 1818 (Sirey, t. 18, p. 211).

Il résulte ainsi de l'art. 420 : 1° qu'il n'est point de marché passé dans une foire qui ne puisse être soumis au juge du lieu; 2° qu'il en est même de tous les actes de commerce, sans distinction, qui ont été faits dans un *lieu*, soit avec la délivrance de la marchandise dans ce lieu, soit avec l'obligation d'y faire un payement. (Voy. *Rép.*, v° *Étranger*, § 2.)

[Cette solution n'est plus susceptible de doute. Malgré l'indécision qui se manifesta, à cet égard, lors de la discussion au conseil d'État (*voy.* Locré, t. 9, p. 163, n° 24), elle est aujourd'hui unanimement adoptée par Merlin, *Rép.*, v° *Trib. de Comm.*, liv. VI, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 714, Favard, t. 5, p. 706, n° 3, Pardessus, n° 1354, Thomine, n° 467, et Carré, *Compétence*, art. 398, n° CCXLII.

Outre les arrêts cités par Carré, on trouve encore dans le même sens, cass., 3 fév. 1806; Metz, 19 nov. 1813; Rennes, 5 août 1819 (Dalloz, t. 3, p. 446); Limoges, 10 fév. 1821; cass., 21 mars 1826; Paris, 18 mars 1829; Lyon, 31 août 1831.

Mais aussi lorsque les deux circonstances se réunissent, elles assurent la compétence du tribunal, de façon que cette compétence ne serait point changée par la faillite du débiteur, qui pourrait toujours être assigné en payement devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, hormis le cas où il s'agirait de contestations relatives à la faillite. (Toulouse, 15 janv. 1828; Sirey, t. 28, p. 107.) Pardessus approuve cette décision, t. 5, p. 28. (*Voy.* aussi nos *Questions* 264 et 264 *bis*.)

La compétence ne serait pas changée non plus par la circonstance que le vendeur se serait obligé à transporter les marchandises au domicile de l'acheteur, ou qu'il aurait tiré sur lui une traite pour obtenir son payement. (Rennes, 5 août 1819, et Bordeaux, 16 novembre 1830; Sirey, t. 31, p. 141.) Et le défendeur, par conséquent, ne pourrait s'y soustraire, sous prétexte que le lieu où les fournitures ont été faites n'est pas celui de son domicile. (Paris, 2 juill. 1830.)

Enfin, on pourrait réclamer le payement de la totalité des marchandises et la délivrance devant le tribunal du lieu où s'est fait le mar-

ché, quoique l'acheteur en eût refusé une partie; ce refus ne fait point que la délivrance n'ait eu lieu à l'égard des marchandises refusées, comme pour celles qui ont été acceptées. (Liége, 23 juin 1809.)

Au reste, la compétence déterminée par le second paragraphe de l'art. 420 ne l'est pas seulement dans l'intérêt du vendeur, pour obtenir le payement du prix, mais aussi dans celui de l'acheteur, pour les demandes qu'il peut avoir à diriger contre le vendeur. C'est ce qu'a jugé, sous l'empire de l'ordonnance, la cour de cass., le 30 juin 1807 (Sirey, t. 8, p. 229; Dalloz, t. 5, p. 276), par un motif qui trouverait encore mieux son application sous le nouveau Code, puisqu'elle se fonde sur la généralité du mot *créancier* employé par l'ordonnance, moins général cependant que celui de *demandeur* dont se sert le Code de procédure. (Paris, 5 juill. 1828.)

Mais cela ne s'applique point au lieu de la négociation d'une lettre de change. (*Voy*. cass., 4 oct. 1808, cité sur notre *Quest*. 772; Sirey, t. 9, p. 28; Dalloz, t. 5, p. 439; Jousse, sur l'art. 17, tit. XII de l'ord.)

[1507 bis. *Comment déterminer le lieu de la promesse et celui de la livraison?*

Si la convention passée entre deux négociants l'a été de vive voix, ou par un acte signé d'eux à l'instant même, il ne peut s'élever de doute sur le lieu de la promesse.

Mais lorsque le marché a été conclu par correspondance, on peut se demander si la promesse a été faite au domicile du vendeur ou à celui de l'acheteur.

Les auteurs enseignent, avec raison, que, dans ce cas, c'est le lieu d'où est datée la lettre d'acceptation définitive qui est censé celui de la promesse. (Cass., 17 juill. 1810; Metz, 22 novembre 1811, 10 mars 1815, 5 fév. 1820.) En sorte que, si la proposition est venue du vendeur, et qu'elle ait été acceptée par l'acheteur, le marché est conclu au domicile de celui-ci. (Lyon, 31 août 1831.) Si, au contraire il y a eu demande de la part de l'acheteur, et expédition de la part du vendeur sur cette demande, le domicile du vendeur est le lieu de la convention. (Bourges, 10 janv. 1823, Sirey, t. 25, p. 190, Dalloz, t. 5, p. 447, et cass., 24 août 1830, Sirey, t. 30, p. 288.)

Si le marché a été conclu par l'intermédiaire d'un commis voyageur, celui-ci étant présumé avoir suffisant mandat pour vendre et pour engager sa maison, c'est au lieu où il accepte les demandes que la promesse est censée faite. Mais il en serait autrement si l'on prouvait que ce commis voyageur n'avait pas pouvoir de vendre, et que la maison qui l'employait s'était réservé la ratification de ses opérations. Cette distinction est consacrée par plusieurs arrêts que l'on trouvera rapportés sur la *Question* 1508 *bis*.

Quant à la livraison, si rien n'a été convenu sur le lieu où elle doit être faite, les art. 1247 et 1609, C. civ., nous apprennent que, lorsqu'il s'agit d'un corps certain, c'est au lieu où il se trouvait au moment du marché, qu'il est censé livrable. Les choses indéterminées le sont au magasin du vendeur ou de l'expéditeur, parce que, suivant l'art. 100, C. comm., c'est en sortant de là que les marchandises commencent à se trouver aux risques et périls du nouveau propriétaire. Telle est la doctrine de Pardessus, n° 1354, et de Favard, t. 5, p. 708.

Mais il est clair qu'une convention expresse peut déroger à ces règles; il n'est plus besoin de présomption quand le fait est constant. Si donc il a été convenu que le vendeur transporterait la marchandise dans un lieu où l'acheteur pourrait la refuser s'il la trouvait endommagée par le transport, c'est ce lieu qu'on devrait considérer comme celui de la délivrance. (Bruxelles, 9 déc. 1830; J. de B., t. 1 de 1831, p. 51.)

Tous ces principes sont également enseignés par Carré, *Compétence*, art. 398, n° CCXLII.]

1508. *La faculté accordée, en matière de commerce, d'assigner un débiteur au lieu de la promesse et de la délivrance, peut-elle être étendue aux matières civiles?* [*ou à des contestations commerciales, mais qui ne regarderaient point une vente de marchandises?*]

Non, sans doute, et même l'art. 420, spécial pour les affaires de commerce, doit être strictement limité aux contestations relatives à des marchandises (1). Par exemple, dit Pardessus, n° 1354, on ne doit pas conclure de ses dispositions que le commerçant qui serait en compte courant avec un autre fût fondé à l'assigner devant le tribunal de son propre domicile, sous prétexte que c'est là qu'il a fourni les valeurs qui l'établissent créancier. Quand des commerçants sont en compte courant, à moins de conventions ou de circonstances particulières,

(1) [* L'action intentée contre une société d'assurance contre l'incendie, à l'effet d'avoir à procéder à la nomination d'arbitres pour fixer les dommages résultant d'un sinistre, ne peut être portée devant le tribunal de commerce du lieu où se sont payées les primes et où le contrat a eu lieu avec un des préposés de la compagnie.

On ne peut attribuer à cette action la nature d'action mixte. (Brux., 23 janv. 1833.)]

le payement du solde doit être fait, comme celui de toute autre espèce de créance, au domicile du débiteur, et, par conséquent, c'est au tribunal de ce domicile que toutes les actions doivent être portées.

[Il est clair que la compétence déterminée par le § 2 de l'art. 420, C. proc., pour les causes commerciales, ne peut s'étendre aux matières civiles. Pigeau en fait aussi l'observation dans son *Comm.*, t. 1, p. 715.

Quant aux matières commerciales, où il ne s'agirait pas de vente de marchandises, et notamment aux demandes fondées sur des reliquats de comptes courants, Thomine, n° 467, partage l'opinion ici exprimée par Carré et Pardessus, et que le premier de ces deux auteurs reproduit dans sa *Compétence*, art. 398, *Quest.* 550.

L'art. 527, C. proc., déclare en effet les rendant-comptes justiciables du tribunal de leur domicile, et l'on décide généralement que l'art. 420 ne fait pas exception à cette règle, pour ce qui concerne les comptes en matière commerciale (1). (Paris, 5 août 1811; Agen, 6 mai 1824; Dalloz, t. 5, p. 443; Sirey, t. 24, p. 383; Bordeaux, 18 avril 1832, Sirey, t. 33, p. 38, et 11 déc. 1833; Toulouse, 3 juin 1832.)

Mais plusieurs cours ont, au contraire, considéré que, lorsque le compte à raison duquel on actionne est le résultat d'opérations commerciales dont la nature aurait rendu applicable l'art. 420 aux difficultés dont elles auraient été l'objet, la circonstance qu'un compte a été ouvert ne peut nover la dette et écarter l'application de l'art. 420. Aussi y sont-elles revenues dans diverses espèces dont la décision dépend plutôt du fait que du droit, savoir : la cour de Paris, le 23 mars 1811 (Dalloz, t. 5, p. 460; Sirey, t. 11, p. 142), celle de Bourges, le 10 janv. 1823, la cour de cass., le 14 mars 1826 (Sirey, t. 26, p. 409), celle de Lyon, le 2 déc. 1829 (Sirey, t. 30, p. 170), celle de Bordeaux, le 16 mars 1831, et celle de Poitiers, le 28 juin 1832 (Sirey, t, 32, p. 584).

C'est par la même raison que la cour d'Aix a décidé, le 7 fév. 1832, que les difficultés d'un compte qui provient de consignations de marchandises faites par un négociant chez un autre sont de la compétence du tribunal du lieu où les consignations ont été faites. Il est reconnu, en effet, que l'art. 420 est applicable en matière de consignations, et que, par conséquent, le propriétaire des marchandises peut être assigné par le consignataire au tribunal du domicile de celui-ci, c'est-à-dire du lieu de la consignation. (Cass., 19 janv. 1814; Dalloz, t. 5, p. 460; Sirey, t. 14, p. 209; Paris, 14 janv. 1826; Bordeaux, 9 janv. 1827, et 25 janv. 1839.)

L'action qui naît du mandat mérite aussi quelques observations particulières. On sait qu'elle est de deux sortes : l'une de la part du mandataire contre le mandant pour le payement de son salaire, le remboursement de ses frais, avances, etc., et l'autre, de la part du mandant contre le mandataire pour obtenir l'exécution du mandat.

Celle-ci ne peut jamais rentrer dans l'une des exceptions introduites par l'art. 420, lorsque le commissionnaire est resté étranger à la vente. Aussi, doit-elle toujours être portée au tribunal de commerce du domicile du commissionnaire, qui est le défendeur. (Cass., 22 janv. 1818, Montpellier, 22 janv. 1811, Dalloz, t. 5, p. 465, Sirey, t. 14, p. 364, Limoges, 3 juill. 1823, et Colmar, 30 août 1831, Sirey, t. 32, p. 8) (2).

Mais l'action du commissionnaire contre son commettant, provenant le plus souvent, en matière commerciale, d'achat ou de vente de marchandises faits pour le compte de ce dernier, il y a presque toujours lieu à l'application de l'un des paragraphes exceptionnels de l'article 420, et le commettant pourra alors être assigné devant le tribunal du domicile du commissionnaire, soit comme étant celui du lieu où le payement doit être fait, soit comme étant celui du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée. (Cass., 19 juin 1819; Metz, 29 nov. 1811; Lyon, 28 mars 1827, et 25 sept. 1827; Toulouse, 21 fév. 1824, Dalloz, t. 5, p. 467, et 17 déc. 1825; Sirey, t. 26, p. 155; Bordeaux, 21 mars 1826.)

Cependant la cour de Bruxelles, dans son arrêt du 3 juin 1829 (J. de B., t. 2 de 1829, p. 52), a distingué entre l'instance relative au payement du droit de commission, et celle qui aurait pour objet soit le remboursement du prix des marchandises, soit des difficultés concernant leur livraison. Si la dernière lui paraît de la compétence du tribunal du domicile du commissionnaire, il n'en est pas de même de la première pour laquelle le commettant ne peut être distrait de ses juges naturels. Cette distinction n'est pas fondée : nous avons décidé, *Quest*. 1507 *suprà*, et 1508 *ter*, que la compétence de l'art. 420 était introduite en faveur de toutes les parties, quels que fussent la nature et l'objet de leurs demandes respectives.]

---

(1) [Peu importe que les formes tracées par le Code de procédure, pour les redditions de compte, ne soient pas applicables aux affaires de commerce. (*Voir* la *Quest.* 1853, à la note.) Il ne s'agit pas ici de formes, mais de compétence.]

(2) [* L'action en payement de salaire et en remboursement de frais, formée par un commissionnaire contre son commettant, doit être intentée devant le tribunal du domicile de ce dernier, et non devant celui dans l'arrondissement duquel la commission a été donnée et la marchandise livrée. (Brux., 13 juin 1829; J. de B., 1829, 2e, p. 52.)]

[1508 bis. *Comment se détermine le lieu où le payement doit être fait?*

Souvent le lieu du payement est fixé par les termes de la convention elle-même : il ne peut alors y avoir la moindre difficulté.

Mais lorsqu'il n'est point fixé, il faut distinguer si la vente a été faite au comptant, ou si elle l'a été à terme.

De la combinaison des art. 1247 et 1651, C. civ., il résulte que, dans le premier cas, le lieu du payement du prix est celui de la livraison de la chose, et, dans le second, c'est le domicile de l'acheteur.

On trouve des applications du premier cas dans les arrêts des cours de Paris, 2 mai 1816 (Dalloz, t. 5, p. 457; Sirey, t. 17, p. 45), Metz, 26 mai 1821, Nîmes, 19 avril 1819, Poitiers, 30 janv. 1829, Rouen, 3 fév. 1834, et Colmar, 4 fév. 1839.

La seconde partie de la règle est sanctionnée par un nombre infini d'arrêts. Elle s'applique notamment aux marchés conclus par l'entremise des commis voyageurs, parce que, la convention se consommant au lieu où ceux-ci se trouvent, et la livraison au lieu du domicile de la maison pour le compte de laquelle ils voyagent, ces deux circonstances ne concourent pas ordinairement ensemble, de façon à attribuer compétence à un tribunal, d'après le § 2 de notre article. Alors la compétence du tribunal du lieu où le placement doit être fait acquiert plus d'importance, et les cours décident universellement que, toutes les fois que le marché n'est pas fait au comptant, ce lieu est celui du domicile de l'acheteur. (Toulouse, 11 juill. 1809, cass., 4 déc. 1811, 14 juin 1813, Dalloz, t. 5, p. 452, Sirey, t. 13, p. 355, Aix, 24 août 1813, Toulouse, 12 avril 1824, Limoges, 14 mars 1828, Bordeaux, 22 avril 1828, Sirey, t. 28, p. 255, et 19 janv. 1828, Sirey, t. 28, p. 336), Bourges, 22 août 1829, Poitiers, 11 juin 1829, Sirey, t. 29, p. 259, et Colmar, 18 juill. 1831) (1).

Si toutefois le vendeur prouvait que son commis voyageur n'avait pas mandat de conclure le marché, et qu'en conséquence ce marché n'a été parfait que par la ratification qu'il y a donnée lui-même, les deux circonstances du marché et de la livraison concourant alors au domicile du vendeur, celui-ci pourrait y assigner l'acheteur. (Montpellier, 21 déc. 1826, Sirey, t. 27, p. 213, Poitiers, 11 juin 1829, et Bordeaux, 16 nov. 1830, Sirey, t. 31, p. 141.)

Ce qui n'empêcherait pas néanmoins l'acheteur d'assigner, de son côté, s'il avait des prétentions à faire valoir, au tribunal de son propre domicile, comme étant celui du lieu du payement.

Car, nous le répétons, c'est un principe que le domicile de l'acheteur est le lieu du payement, lorsque ce payement doit être fait à terme; principe qui ne reçoit pas d'exception de la circonstance que la facture aurait été stipulée payable au domicile de l'expéditeur, lorsque cette facture et les marchandises n'ont pas été acceptées. La volonté seule de l'expéditeur ne peut en effet créer une telle condition. (Cass., 14 nov. 1821, Dalloz, t. 5, p. 454, Sirey, t. 22, p. 152, Lyon, 5 fév. 1821, Poitiers, 25 février 1823, Lyon, 2 déc. 1823, Rouen, 6 janv. 1824, cass., 5 mai 1824, Poitiers, 30 mars 1830, Toulouse, 8 mai 1838, et cass., 3 mars 1831.)

Que si la facture portant la condition du payement au domicile de l'expéditeur avait été expressément acceptée par l'acheteur, il y aurait consentement mutuel sur ce point, et, dès lors, le tribunal de l'expéditeur deviendrait compétent. (Lyon, 17 fév. 1824; Dalloz, t. 5, p. 462; Rouen, 8 fév. 1828; Lyon, 14 déc. 1831, 17 janv. 1832, et 23 janv. 1833.)

Les diverses règles que cette jurisprudence a consacrées sont aussi enseignées par Pardessus, n° 1354, Favard, t. 5, p. 708, et Carré, *Compétence*, art. 398, n° CCXLII.]

[1508 ter. *Le tribunal du lieu où le payement doit être fait n'est-il compétent que pour la demande en payement? Ne le serait-il point pour la demande en délivrance ou en résiliation?*

Un seul arrêt de la cour de Nancy du 7 déc. 1824 a considéré le § 3 de l'art. 420 comme uniquement applicable aux demandes en payement, mais sa doctrine ne nous paraît reposer sur aucun fondement solide (2).

Ce paragraphe ne distingue point entre l'une et l'autre des parties au profit desquelles il établit une compétence, ni entre les diverses natures de demandes. Il faut en conclure que celles à intenter par l'acheteur, soit pour obtenir la délivrance de la chose, soit pour faire prononcer la résiliation du marché, peuvent, aussi bien que les demandes en payement, être portées devant le tribunal du lieu où celui-ci doit être fait. C'est ce que supposent, à raison des espèces dans lesquelles ils ont été rendus, la

(1) [* Lorsqu'une demande de marchandises a été faite par lettre au domicile du vendeur, et que la marchandise a ensuite été expédiée au domicile de l'acheteur, c'est au domicile du vendeur que la vente est réputée avoir été faite et la marchandise livrée.

En conséquence, l'acheteur peut être assigné en payement devant le tribunal de ce domicile. (Brux., 24 août 1830; J. de B., 1830, 2e, p. 282; Dalloz, t. 5, p. 437.)]

(2) [* Le tribunal de commerce dans l'arrondissement duquel le payement doit être effectué est compétent pour connaître non-seulement du litige ayant pour objet le prix lui-même, mais encore de toutes autres prétentions qui résultent de la convention. (Brux., 22 oct. 1831; J. de B., 1831, 2, p. 162; J. du 19e s., 1831, p. 254; Dalloz, t. 5, p. 437.)]

plupart des arrêts cités sur la précédente question, et ce qu'ont précisément jugé la cour de Douai, le 11 janv. 1827, et celle de Paris, qui, par son arrêt du 23 avril 1825, a déclaré qu'on peut assigner le défendeur devant le tribunal dans le ressort duquel il doit exécuter une convention : assimilant ainsi l'obligation de faire au payement dont parle notre § 3.

D'où il suit que le voiturier peut être assigné et assigner lui-même, à raison des difficultés relatives au transport, devant le tribunal du lieu où il devait déposer les objets transportés (Aix, 15 nov. 1825, et Brux., 2 mai 1831; J. de B., t. 1 de 1831, p. 140), et même devant le tribunal du lieu où il les a déposées, du consentement des parties, par l'effet d'un événement imprévu qui l'a empêché de les rendre à leur destination. (Trèves, 26 fév. 1810; Sirey, t. 10, p. 223.)

De même, la demande en restitution de sommes indûment payées, ou de marchandises livrées par erreur, peut être portée devant le tribunal du lieu où le payement a été fait et la marchandise livrée, encore que cette marchandise ayant été depuis transportée ailleurs, la vérification en cas d'avaries en appartienne à d'autres juges. (Caen, 28 janv. 1829, Sirey, t. 30, p. 373, et Rennes, 12 mars 1834.)]

[**1508** quater. *La compétence de l'art.* 420 *peut-elle s'appliquer à des demandes qui sont le résultat d'actes antérieurs à la promulgation du Code de procédure civile?*

La cour de Brux. a jugé l'affirmative, le 20 janv. 1809, en se fondant sur le principe rappelé dans l'art. 1041 que l'exercice des actions est régi par les lois existantes au moment où elles sont intentées.

Mais Coffinières fait observer, avec raison, contre cette solution, que les lois nouvelles ne régissent que les *actes* faits sous leur empire, qu'elles ne doivent pas dépouiller une personne du droit qui lui était acquis au moment de son obligation de ne pouvoir être poursuivie que devant les juges de son domicile; et que l'art. 1041, C. proc., qui ordonne *d'instruire* conformément aux dispositions de ce Code tous les procès intentés sous son empire, est étranger à l'espèce de la question posée, puisqu'il ne s'agit pas d'un mode d'instruction, mais d'un principe de juridiction et de compétence qui doit se rattacher au titre de l'engagement, comme ce titre se rattache lui-même, pour tous ses effets, aux lois en vigueur au moment où il a pris naissance.]

[**1508** quinquies. *Devant quel tribunal doivent être assignés le propriétaire et le capitaine d'un navire?*

Lorsqu'il s'agit d'emprunts faits dans l'intérêt du navire, le propriétaire et le capitaine peuvent être assignés au lieu où l'emprunt a été fait et devait être acquitté. (Aix, 26 mars 1825, Bordeaux, 4 mai 1827, et cass., 14 mai 1833, Sirey, t. 33, p. 353.) C'est l'application du dernier § de l'art. 420.

Mais, pour des contestations étrangères au navire qu'il commande, le capitaine ne peut être assigné qu'au tribunal de son domicile. (Marseille, 20 nov. 1833.)

Quant à celles qui surgissent entre le capitaine et les propriétaires du navire, pour en faire abandonner le commandement au premier, elles sont de la compétence du tribunal du lieu où le navire est amarré. (Brux., 16 mai 1815; Dalloz, t. 14, p. 476; *Pasicrisie belge*, à cette date.)].

1509. *Lorsqu'un négociant est convenu qu'il recevra des traites en payement de la marchandise qu'il a vendue, le tribunal du lieu où la remise de ces traites a été effectuée peut-il connaître des difficultés qui s'élèvent à raison du contrat, lors même que les effets sont payables dans un autre tribunal?*

La cour d'appel de Trèves s'est prononcée pour l'affirmative, par arrêt du 14 mars 1810 (Sirey, t. 12, p. 377; Dalloz, t. 5, p. 457). Elle a considéré qu'il n'en est pas des payements qui se font en effets négociables, comme de ceux qui sont stipulés en argent; que ces effets le remplacent; qu'ils peuvent être négociés et employés à faire d'autres payements aussitôt après leur création; qu'encore qu'ils soient payables en un autre lieu, la marchandise en payement de laquelle ils sont donnés, n'en est pas moins censée payée par la remise même des effets; qu'ainsi, le lieu où se fait cette remise est le véritable lieu du payement : d'où il suit, d'après la dernière disposition de l'art. 420, que le tribunal de ce lieu est compétent pour connaître des difficultés nées du contrat passé entre parties.

Mais ici nous devons placer un arrêt de la cour de cass. du 29 janv. 1811 (Dalloz, t. 5, p. 458; Sirey, t. 11, p. 142), qui nous paraît en opposition avec celui que nous venons de rapporter. Cet arrêt a décidé qu'une demande, dont l'objet se rattache à l'exécution d'une vente de marchandises, peut être formée devant les juges du lieu où les lettres de change données ou acceptées en payement étaient payables, alors même qu'elles avaient été remises ou acceptées dans un autre lieu.

On supposait, dans l'espèce, des motifs analogues à ceux qui servent de base à l'arrêt précité de la cour de Trèves, savoir : que, par les acceptations, le contrat de vente était consommé; que toutes les obligations qui résultaient de ce contrat étaient éteintes. Si, disaient les vendeurs, nous restions encore créanciers de l'acheteur après les acceptations des lettres, ce n'était point comme *vendeurs*,

mais seulement comme porteurs de ces acceptations; en sorte qu'à défaut de payement à l'échéance des traites, l'action que nous aurions pu exercer pour nous faire payer n'aurait pas procédé du contrat de vente, mais du contrat de change : il y avait donc novation parfaite, la première obligation n'existait plus; elle était éteinte, ou, si l'on veut, *payée,* par le fait même de l'acceptation.

Nonobstant ces raisons, la cour de cassation a considéré que les engagements contractés par les acheteurs devaient être soldés en lettres de change, et que l'art. 420 veut qu'en matière de commerce le demandeur puisse assigner devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué; par conséquent, elle a déclaré que le prix des marchandises stipulé en lettres de change, ou en acceptation de ces lettres, était réputé payable dans le lieu où elles devaient être acquittées, quel que fût celui où elles auraient été tirées ou acceptées.

[La cour d'Angers, le 30 août 1822 (Sirey, t. 23, p. 13; Dalloz, t. 5, p. 458), et celle de Colmar, le 18 juill. 1831, ont adopté la solution de la cour de cassation, qui nous paraît la meilleure.]

1510. *Lorsque celui sur qui une lettre de change est tirée refuse de l'accepter, peut-il être assigné devant le juge du lieu où elle était payable? S'il prétend n'en devoir le montant qu'en partie, et fait des offres réelles au tireur, peut-il assigner celui-ci, en validité de ces offres, devant les juges du lieu où la lettre de change était payable?*

Le tiré qui n'a pas accepté, dit Pardessus, ne peut être traduit devant un autre tribunal que celui de son domicile, quand même il serait débiteur du tireur, à moins que la nature de sa dette n'y donnât lieu, en vertu d'une des dispositions de l'art. 420, C. proc. Au contraire, si ce tiré se trouvait dans le cas de la question que nous venons de poser, il pourrait faire juger la validité de ses offres par le tribunal du lieu où cette lettre est indiquée payable; car, ajoute l'estimable auteur que nous venons de citer, le tireur aurait par là reconnu et avoué que le lieu du payement de sa créance est celui-là même; et ce serait le cas d'appliquer la dernière disposition de l'art. 420.

Nous n'avons rien à ajouter à cette double décision, si ce n'est qu'elle se trouve consacrée : 1° par un arrêt de la cour d'Angers du 3 janv. 1810 (Dalloz, t. 5, p. 444; Sirey, t. 14, p. 199); 2° par arrêt de la cour de cass. du 12 fév. 1811 (Sirey, t. 14, p. 199, et t. 11, p. 265; Dalloz, t. 5, p. 459).

[Il est clair que celui qui a refusé d'accepter une lettre de change n'étant pas partie dans le contrat de change, ne peut subir la compétence que ce contrat a créée. Ainsi l'ont décidé, avec raison, les cours de Metz, 24 fév. 1816, cass., 21 mars 1825 (Sirey, t. 26, p. 196), et Paris, 24 avril 1833.

Cette question et la précédente sont posées et résolues de la même manière, par Carré, dans sa *Compétence*, art. 398, *Quest.* 548 et 549.]

Mais si une traite acceptée était protestée faute de payement, on sent que le débiteur ne pourrait décliner la juridiction du tribunal où ce payement devait être fait, puisqu'il serait intervenu contrat entre les parties par l'acceptation qui aurait eu lieu; autrement, l'art. 420 resterait sans application dans la plupart des cas pour lesquels il a été porté. C'est déjà beaucoup que l'on soit forcé d'admettre que cet article ne puisse être invoqué lorsqu'il y a défaut d'acceptation. (*V.* Paris, 6 janv. 1809, et dans Denevers, t. 1, les arrêts antérieurs à l'an XII, p. 310.)

[On convient aussi généralement, et c'est l'application inévitable du 3e § de l'art. 420, que l'indication, sur un effet de commerce, du lieu où le payement doit en être fait, a pour effet de saisir le tribunal de ce lieu de toutes les contestations auxquelles ce payement pourrait donner ouverture; solution consacrée par les arrêts de la cour de cass. du 17 avril 1811 (Dalloz, t. 14, p. 497), et de la cour de Paris du 11 janv. 1825, et qui est néanmoins contestée par Carré, *Compétence*, art. 398, *Quest.* 547, sur le motif que le § 3, aussi bien que le § 2 de l'art. 420, ne s'applique qu'aux contestations relatives à la vente et au payement de marchandises. Son doute, à cet égard, n'est partagé par aucun auteur. Il faut donc décider que les débiteurs d'une lettre de change peuvent être assignés devant le tribunal du lieu indiqué pour le payement.

Mais il faut toujours remarquer que cette compétence est facultative, puisque l'art. 420 offre le choix, et que, par conséquent, on ne peut décliner la juridiction du tribunal du lieu où la dette était originairement payable, avant d'avoir été l'objet d'une traite. (Cass., 11 fév. 1829.) Comme aussi le Français qui a souscrit en faveur d'un Français des lettres de change payables en pays étranger, peut être assigné en France devant le tribunal dans le ressort duquel il a ou paraît avoir son domicile. (Paris, 21 avril 1812.)]

1511. *En matière commerciale, l'assignation peut-elle être donnée au domicile de la personne chez qui le payement doit être effectué?*

La cour de cassation a décidé cette question pour l'affirmative, par arrêt du 4 fév. 1808 (Sirey, t. 8, p. 153); mais, comme cet arrêt a été rendu dans un procès né sous l'empire de l'ord. de 1673, l'arrêtiste demande si la déci-

sion devrait être la même aujourd'hui, et il se prononce pour la négative, en se fondant sur les art. 68 et 415 du Code, et surtout sur ce que l'art. 17 du tit. XII de l'ord. renfermait des expressions qui pouvaient autoriser une interprétation que l'art. 420 paraîtrait écarter, puisqu'il n'a pas répété les mêmes expressions. Denevers convient néanmoins que de fortes considérations pourraient justifier l'opinion qu'il combat. (*V.* ses observations sur l'arrêt précité, 1808, p. 59.)

Sirey examine la même question (1808, p. 142), et maintient qu'elle doit être résolue pour l'affirmative. Outre l'arrêt de la cour de cassation, ci-dessus indiqué, et qu'il rapporte, p. 155, il cite deux arrêts de la cour de Paris des 26 fév. et 1er mars 1808, et en rapporte, dans son *Recueil* de 1809 (p. 22), un troisième du 26 novembre 1808 (Dalloz, t. 12, p. 266).

Cette question a été traitée avec assez de développements pour que nous nous bornions à émettre notre opinion, sans entrer dans aucun détail. L'intérêt du commerce, le rapprochement que l'on peut faire de l'art. 420 avec la dernière disposition de l'art. 59, C. proc., et celle de l'art. 111 du Code civil, l'ancienne jurisprudence qui nous paraît, malgré la différence des expressions de l'ordonnance et du Code, devoir expliquer celui-ci, toutes ces considérations, en un mot, nous portent à admettre l'opinion consacrée par les arrêts que rapporte Sirey. Pardessus laisse entrevoir que c'est aussi celle qu'il adopte. (*V.*, en outre, Boucher, p. 76.)

[Nous sommes du même avis, et nous citerons deux autres arrêts de la cour de cass. qui ont consacré cette opinion les 1er prair. an X et 4 juin 1806 (Sirey, t. 6, p. 942; Dalloz, t. 14, p. 450).]

1512. *Mais, l'assignation étant donnée au domicile élu ou indiqué* DANS UN EFFET DE COMMERCE, *le délai de la comparution doit-il être calculé d'après la distance de ce domicile?*

Nous avons adopté, en thèse générale, l'affirmative de cette question, n° 1491, et nous l'appliquons au cas particulier dont il s'agit en celle-ci : 1° parce que le domicile élu dans un effet de commerce constitue, relativement à cet effet, un véritable domicile commercial, *auquel peuvent être données toutes assignations, et dans les mêmes délais* qu'au domicile réel du souscripteur ; 2° parce que le porteur ne peut connaître d'autre domicile que celui qui lui est indiqué pour le payement. (*V.* les derniers arrêts cités sur la précédente question, et le *Traité de la proc. des trib. de comm.*, par Boucher, p. 76) (1).

[*Voir* notre opinion, sous les *Quest.* 326 et 1491.]

1513. *En matière de commerce, le demandeur peut-il, s'il y a plusieurs défendeurs demeurant dans des arrondissements différents, assigner, comme en matière ordinaire, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, sans qu'il soit obligé de préférer, soit le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, soit celui du lieu où le payement devait être effectué?*

Nous pensons, comme Lepage, *Questions*, p. 274, qu'on doit répondre affirmativement, parce que l'art. 59 décide d'une manière générale, et que l'art. 420 ne fait aucune exception. Si celui-ci donne, en matière de commerce, le droit d'assigner devant le tribunal du domicile du défendeur, c'est assez indiquer qu'on doit se régler comme en matière ordinaire. Au surplus, nous appuyons cette réponse de l'arrêt de la cour de Rennes du 29 mars 1809, déjà cité.

[Cet avis, que Carré a aussi exprimé, dans son *Traité de la compétence*, art. 398, est partagé par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 714, et Favard, t. 5, p. 706, n° 2, et il ne nous paraît pas susceptible de doute.

L'application en a été faite au cas où les divers souscripteurs d'une lettre de change sont conjointement assignés. Ils peuvent l'être devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, par exemple du domicile de l'un des endosseurs, comme l'ont jugé les cours de Paris, le 14 sept. 1808 (Sirey, t. 14, p. 177), et le 20 mai 1811 (Dalloz, t. 5, p. 439).

Mais en serait-il de même si l'endossement n'avait eu lieu qu'après l'échéance du billet? Oui, d'après la cour de Paris, arrêt du 24 novembre 1807; non, d'après celle de Limoges, arrêt du 13 juillet 1820 (Dalloz, t. 12, p. 285; Sirey, t. 21, p. 72).

Ce dernier arrêt, dont nous adoptons la solution, se fonde sur ce que, après l'échéance de la lettre de change, le sort de tous ceux qui l'ont souscrite doit être fixé, et ils ne peuvent plus, par conséquent, être traduits devant un tribunal dont la compétence aurait une origine postérieure. Ce serait le cas de soupçonner une collusion entre le porteur et cet endosseur retardataire, pour distraire les autres obligés de leurs juges naturels.

Le commissionnaire chargé d'une expédition peut aussi être traduit, par l'expéditeur, devant le même tribunal que le négociant pour

(1) Pour l'opinion contraire, qui est celle de Denevers, 1808, p. 59, on peut voir les observations de Sirey et les arrêts qu'il rapporte au *Recueil* de 1808, p. 142.

lequel l'expédition des marchandises a été faite. (Cass., 8 juillet 1814; Sirey, t. 15, p. 15.)]

Art. 421. Les parties seront tenues de comparaître en personne, ou par le ministère d'un fondé de procuration spéciale.

[Tar. rais., nº 335.] Ordonn. de 1667, tit. XVI, art. 1 et 2. — Ordonn. de Charles IX, de l'an 1563, art. 5. — Art. 5 de celle rendue à Saint-Maur, en 1566. — Ord. de 1673, tit. XII, art. 12. — C. de comm., art. 627. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. Ier, tit. Ier, chap. 1er, art. 12, Q. 38. — Locré, t. 9, p. 164, nº 26.) (1).] — (*Voy.* Formule 360.)

CCCXLVII. Cet article est la conséquence des dispositions de l'art. 414, que l'on retrouve en termes exprès, dans l'art. 627, C. comm. Mais, comme le remarque Demiau, p. 305, il faut considérer qu'il ne s'agit ici, par rapport à la faculté de comparaître par un mandataire, que d'une simple assignation, et non du cas où le tribunal aurait ordonné la comparution personnelle de la partie, en conformité de l'art. 428 (2).

1514. *Peut-on se faire représenter, dans les tribunaux de commerce, par les personnes désignées en l'art.* 86? [*Par un huissier, un avocat, un avoué?*]

Si l'on peut se faire représenter dans un tribunal par toute personne capable de recevoir un mandat, on doit excepter néanmoins celles à qui l'art. 86 refuse le droit de défendre les parties; car, devant les tribunaux de commerce, le pouvoir de représenter la partie contient celui de la défendre. (Locré, *Esprit du Code de comm.*, t. 7, p. 125 et 138; *du Code de proc.*, t. 2, p. 107; et notre *Traité des lois d'organisation*, Quest. 38.)

[Il est vrai que le pouvoir de représenter les parties devant un tribunal de commerce contient celui de les défendre; mais il n'exclut point pour le porteur de ce pouvoir la faculté de se substituer un tiers pour présenter la défense. Ainsi, il arrive souvent qu'un agréé, qui a mandat spécial de la partie pour la représenter, confie la plaidoirie de la cause à un avocat, et que celui-ci plaide sous l'assistance de l'agréé, comme il le ferait sous l'assistance de la partie elle-même.

Il semblerait donc que, de la part d'un magistrat, il n'y aurait point contravention à l'art. 86, si, chargé du pouvoir de la partie, il se contentait de la représenter officiellement devant un tribunal de commerce, sans néanmoins porter lui-même la parole dans son intérêt. Les termes de cet article paraissent n'exclure que la *défense* présentée par l'une des personnes qui y sont désignées. Et telle est l'interprétation que leur a donnée la cour de Rennes, le 10 juillet 1820. Elle a même ajouté que la prohibition ainsi restreinte de l'art. 86 ne s'applique pas aux juges de commerce, et que ceux-ci peuvent défendre les parties devant tous les tribunaux, autres que celui dont ils font partie.

Les distinctions de la cour de Rennes nous semblent justes.

Nous conclurons donc que l'art. 86 interdit bien aux personnes qu'il désigne, de devenir défenseurs, mais non mandataires des parties qui sont en instance devant un tribunal de commerce. Cependant, c'est ce dernier mot *mandataire* qu'invoque Favard, t. 5, p. 713, nº 5.

Quant aux huissiers, la nouvelle loi sur les tribunaux de commerce du 3 mars 1840, article 4, leur enlève le droit de représenter les parties devant ces tribunaux. Cet article est ainsi conçu : « A l'art. 627, C. comm., sera » ajoutée la disposition qui suit. Dans les causes portées devant les tribunaux de commerce, aucun huissier ne pourra ni assister » comme conseil, ni représenter les parties en » qualité de procureur fondé, à peine d'une » amende de 25 à 50 fr., qui sera prononcée » sans appel par le tribunal, sans préjudice » des peines disciplinaires contre les huissiers » contrevenants. Cette disposition n'est pas » applicable aux huissiers qui se trouveront » dans l'un des cas prévus par l'art. 86, C. » proc. »

En dehors des cas que nous venons de signaler, toute personne peut être chargée du mandat et de la défense de la partie, sans que sa qualité d'avocat ou d'avoué, par exemple,

(1) **Jurisprudence.**

[Un tribunal de commerce peut admettre à plaider un individu qui se présente devant lui quoique n'ayant pas été assigné, et il peut prononcer des condamnations contre lui, s'il a défendu au fond sans exciper du défaut d'assignation légale. (Rennes, 11 juillet 1810.)]

(2) « Autrefois, ajoute l'auteur, on permettait aux » parties d'envoyer un mémoire pour leur défense, » sans comparaître ni faire comparaître personne pour » elles; mais on était revenu de cet abus, à moins que » le mémoire ne fût remis par un parent, un ami ou un » autre mandataire spécial chargé de représenter la » partie qui était dans l'impuissance de se rendre. » Peut-on le permettre aujourd'hui? je ne le pense » pas; les dispositions de l'art. 414 semblent s'y opposer formellement : cependant il peut se rencontrer » telle circonstance qui permettra de s'en écarter; » c'est au juge d'en décider. » Nous pensons que, lorsque le porteur du mémoire l'est également d'un pouvoir spécial qui le charge de comparaître pour servir ce mémoire au tribunal, il n'y a aucun motif pour en interdire la lecture; mais la remise aux juges pourrait et devrait être refusée, attendu que la loi veut que les parties soient entendues contradictoirement à l'audience, par elles-mêmes ou par leur fondé de pouvoir.

l'en empêche; car ce ne sera pas en cette qualité, mais en celle de mandataire qu'elle sera écoutée. Ceci n'a jamais fait de difficulté, et n'est enseigné que sous forme d'observation, par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 715, et Boitard, t. 2, p. 125.]

1515. *En quelle forme le pouvoir doit-il être donné, et* PARTICULIÈREMENT *peut-il l'être par lettre missive?* [*Doit-il être enregistré et légalisé?*]

L'art. 627 du Code de commerce porte que nul ne pourra plaider pour une partie, devant les tribunaux de commerce, si la partie présente à l'audience ne l'autorise, ou s'il n'est muni d'un pouvoir spécial; ce pouvoir, qui peut, ajoute l'article, être donné au bas de l'original ou de la copie de l'assignation, sera exhibé au greffier avant l'appel de la cause, et par lui visé sans frais. On peut conclure de là que le pouvoir peut être donné sous seing privé, puisque l'article ne distingue point. Mais Locré, t. 20, p. 9, remarque qu'on avait proposé d'ajouter : *Même par une lettre missive;* addition qui n'a pas été faite. Il ne faut pas, à notre avis, en conclure que ce pouvoir ne puisse être donné de la sorte : dès qu'il peut l'être sous seing privé, peu importe la forme.

[Le pouvoir peut être donné dans toutes les formes, authentique, sous seing privé, etc., même par lettre missive, comme l'enseignent expressément Favard, t. 5, p. 713, n° 5, et Thomine, t. 1, n° 468.

Il n'est soumis à d'autre formalité que celle de l'enregistrement, dont le coût doit être payé, avec les autres frais, par la partie qui succombe, d'après la jurisprudence de la cour de cass., arrêt du 5 nov. 1835.

Mais c'est à tort que le tribunal de commerce de Paris en exige de plus la légalisation (jugement du 27 août 1830). Elle n'est prescrite par aucune loi, et n'ajoute d'ailleurs aucune garantie à la sincérité du mandat.]

1516. *Les personnes connues sous le nom d'*AGRÉÉS *sont-elles exceptées de l'obligation d'être munies d'un pouvoir spécial des parties qu'elles représentent?* [Quid *des avoués?*]

Il est d'usage, dit Pardessus, t. 5, p. 10, dans les tribunaux où les affaires sont nombreuses, d'avoir des agréés (c'est-à-dire des gens de loi, approuvés par le tribunal pour plaider habituellement devant lui), qui représentent les parties sans pouvoir spécial, de manière que le jugement, après une continuation prononcée sur plaidoirie, soit réputé contradictoire. Mais cette tolérance, ajoute l'auteur, n'irait pas jusqu'au point de considérer comme capable d'obliger une partie, le consentement prêté par un individu aussi porteur de pièces, mais qui n'aurait pas un pouvoir spécial.

Legras, p. 27, dit formellement et sans distinction, que l'on ne doit pas induire des termes de l'art. 421 que les agréés près les tribunaux de commerce soient tenus de justifier de procuration spéciale. Selon lui, un agréé qui a reçu du tribunal le pouvoir de postuler, devient, par cela seul, garant des fautes qu'il pourrait commettre : il ne se présente jamais sans être porteur de l'exploit de demande ou de la copie; ce qui, dans tous les temps, a tenu lieu de pouvoir près des tribunaux.

Quoi qu'il en soit, nous persistons à croire, ainsi que nous l'avons annoncé sur la *Question* 1296, que l'on ne doit plus admettre d'agréés dans les tribunaux de commerce, *à moins qu'ils ne soient munis d'un pouvoir spécial.* (Voy. *suprà*, le comment. de l'article 414.) L'art. 421 ne fait aucune exception à l'obligation qu'il impose aux parties de donner un tel pouvoir à leurs mandataires, et l'article 627, C. comm., rend cette obligation plus impérieuse encore, en disposant que NUL *ne pourra plaider pour une partie, devant les tribunaux de commerce, si celle-ci, présente à l'audience, ne l'autorise, ou s'il n'est muni d'un pouvoir spécial, qui doit être exhibé au greffier, avant l'appel de la cause, et par lui visé.*

Cette disposition prouve combien le législateur a eu fortement l'intention de prévenir toutes les difficultés, tous les inconvénients qui peuvent naître de l'entremise d'un individu qui ne représenterait pas un pouvoir spécial.

Il n'en est donc pas des habitués ou agréés près des tribunaux de commerce, comme des avoués, et, ainsi que le dit Thomine, n° 99, la remise de l'exploit en leurs mains ne peut suffire pour leur donner le droit de défendre. (Voy. *suprà*, les *Quest.* 1296 et 1487, Demiau, p. 305, Berriat, *De la proc. des tribunaux de commerce,* note 8, et sur l'*Institution des Agréés,* Boucher, p. 12, 19, et 61 à 63.)

Au reste, si, malgré ces observations, on persistait à croire que les agréés ont été maintenus, il faudrait du moins admettre l'opinion de Pardessus, que nous trouvons confirmée par un arrêt de la cour de Rouen du 1er mars 1811. (Sirey, t. 11, p. 233; Dalloz, t. 9, p. 127).

[Favard, t. 5, p. 713, n° 5, se fondant sur une décision ministérielle, enseigne qu'un agréé n'a pas besoin d'un pouvoir spécial pour représenter la partie, et que la remise de l'original ou de la copie de l'assignation lui suffit.

Tel était, en effet, l'usage qui s'était introduit abusivement dans un certain nombre de tribunaux de commerce, contrairement au texte comme à l'esprit de la loi, et à la juris-

prudence de la cour de Rennes, arrêt du 10 juillet 1820. Il a été proscrit par une ordonnance royale du 10 mars 1825, qui établit en même temps des mesures pour la stricte exécution des art. 421, C. proc., et 627, C. commerce (1).

Ainsi, le doute n'est plus permis sur la question qui fait l'objet de ces observations; et c'est l'avis de Thomine, n°s 463 et 468, et de Boitard, t. 2, p. 125.

On voudrait induire de là que les aveux ou consentements donnés par l'agréé sont censés l'être par un mandataire ordinaire; en sorte que la voie du désaveu ne serait pas nécessaire, pour attaquer les actes préjudiciables à la partie, et qui auraient été la suite de ces consentements. Il suffirait, dit-on, de ne point les ratifier. C'est ce qu'enseigne Boitard, *loco cit.*, et cette opinion repose selon lui sur le principe que l'agréé n'a aucun caractère public. Mais Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 709, se range à l'opinion contraire, que nous avons déjà soutenue et appuyée de diverses autorités dans nos observations sur la *Quest.* 1296.

La cour de Nîmes a jugé avec raison, le 24 mars 1830, qu'un avoué ne trouverait pas dans son seul titre, qui ne lui donne aucun caractère devant le tribunal de commerce, le pouvoir d'y représenter la partie qui se serait bornée à lui remettre ses pièces : il doit être autorisé par elle à l'audience, ou bien exhiber un mandat spécial.]

Art. 422. Si les parties comparaissent, et qu'à la première audience il n'intervienne pas jugement définitif, les parties non domiciliées dans le lieu où siége le tribunal seront tenues d'y faire l'élection d'un domicile.

L'élection de domicile doit être mentionnée sur le plumitif de l'audience; à défaut de cette élection, toute signification, même celle du jugement définitif, sera faite valablement au greffe du tribunal.

Voy. *suprà*, n° 425. — C. proc., art. 440. — [Locré, t. 9, p. 247, n° 216.]

CCCXLVIII. La cause doit, en général, être jugée à la première audience; mais comme un grand nombre de motifs peuvent s'y opposer, la loi, par l'obligation qu'elle impose aux parties d'élire domicile, a pris une précaution nécessaire, pour que l'on n'ait pas à craindre que la distance des lieux retarde le jugement de la cause (2).

1517. ***L'élection de domicile, faite conformément à l'art. 422, est-elle exigée pour d'autres cas que ceux mentionnés en cet article, et peut-elle avoir effet relativement à des tiers?***

Cette élection de domicile ne nous paraît prescrite que pour le cas seulement où, à la première audience, il n'intervient pas un jugement définitif, et ses effets, qui consistent en ce que toutes significations, même celle du jugement définitif, soient faites au domicile élu, ou au greffe, s'il n'y a pas eu d'élection, nous semblent devoir être limités aux parties engagées dans l'instance.

Nous fondons cette opinion, 1° sur un arrêt de la cour de Turin du 9 avril 1811 (Sirey, t. 14, p. 180; Dalloz, t. 14, p. 387), qui décide que si le jugement définitif intervient à la première audience, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 422; dans ce cas, le jugement doit être signifié, non au greffe, mais au domicile de la partie contre laquelle il a été rendu; 2° sur un arrêt de la cour de Brux. du 9 mai 1810 (Dalloz, t. 18, p. 200), qui a jugé qu'un tiers qui veut intervenir dans l'instance doit signifier sa demande en intervention au domicile réel des parties, et non au domicile élu en conformité du même art. 422. (Voy. *Comm.* inséré aux *Ann du Not.*, t. 2, p. 306.)

Pardessus, t. 5, p. 54, estime que les dispositions de cet article doivent être exécutées, même dans le cas où, par un renvoi légalement

(1) [Ces mesures consistent dans l'obligation où sont les greffiers de mentionner, dans la minute du jugement, le pouvoir dont le défenseur est porteur, précaution que la cour de Toulouse, par son arrêt du 27 avril 1820, avait jugée inutile pour constater l'existence du mandat, la présomption étant, d'après elle, que celui qui avait été admis par le tribunal à conclure en était muni.]

(2) Pour assurer l'exécution de cette disposition, il convient qu'avant de lever l'audience, le président fasse appeler toutes les causes dont les assignations sont échues à ce jour, et qui n'auraient pu recevoir jugement; qu'il en prononce le renvoi à la prochaine audience, en enjoignant aux parties de faire l'élection de domicile exigée par la loi. Mais comme elle ne pourrait, dit Demiau, p. 306, être faite si la partie ne se présentait pas elle-même, il faut qu'elle ait l'attention de la faire dans le pouvoir qu'elle donne à son mandataire.

[C'est en effet ce qui a lieu le plus souvent dans la pratique; mais cette marche n'est pas prudente. La loi exige textuellement que l'élection soit faite sur le plumitif. C'est le plumitif seul que les parties sont obligées de consulter pour connaître le domicile élu par leur adversaire; s'il est muet, elles ont le droit de faire les significations au greffe, sans égard à une autre élection qui aurait été faite dans tel ou tel acte antérieur. On ne pourra les blâmer d'avoir strictement exécuté l'art. 422. Aussi les cours de Poitiers, le 28 novembre 1822 (Dalloz, t. 14, p. 452), et de Bordeaux, le 26 février 1830 (Sirey, t. 30, p. 158), ont-elles décidé que l'élection de domicile contenue soit dans l'exploit introductif, soit dans la procuration, ne dispensait pas la partie, dont l'affaire était renvoyée à une autre audience, de la renouveler sur le plumitif.]

prononcé, les incidents seraient portés devant un tribunal civil. (*Voy.* art. 426 et 427.) Nous sommes de cet avis, et nous ne croyons pas en cela suppléer une exception à la disposition de l'art. 422, puisque toutes les fois qu'un incident est renvoyé du tribunal de commerce au tribunal civil, *il n'intervient point de jugement définitif* dans le premier de ces tribunaux; circonstance dans laquelle l'art. 422 prescrit l'élection de domicile.

[Nous adoptons toutes ces solutions.]

[1517 bis. *A quelle époque cesse l'effet de l'élection de domicile?*

L'élection de domicile cesse du moment où la contestation est terminée par un jugement définitif. Aussi, la cour de cassation a-t-elle jugé, le 2 mars 1814 (Sirey, t. 14, p. 119; Dalloz, t. 2, p. 113), que l'acte d'appel n'était pas valablement signifié au domicile élu, ni, à défaut d'élection, au greffe du tribunal. Il ne pouvait y avoir de doute sur ce point. Mais une question plus controversée est celle de savoir si la signification du jugement définitif, que notre article autorise à laisser à ce domicile élu, est suffisante pour faire courir le délai d'appel. Nous l'examinerons sur l'art. 443.]

[1517 ter. *Est-il besoin d'une sommation pour appeler les parties à l'audience?*

Non : l'exploit introductif d'instance suffit pour les mettre en demeure de comparaître. Une sommation serait, dans un système de procédure que la loi a voulu rendre si simple, un acte inutile et frustratoire qui ne passerait pas en taxe, et dont la nullité, par conséquent, ne vicierait point le jugement intervenu à la suite, surtout s'il s'était borné à statuer sur les conclusions de l'exploit. (Bordeaux, 30 avril 1829.)

Lors même que le tribunal renvoie la cause appelée à une autre audience, la sommation ne nous paraît pas utile, les parties ou leurs fondés de pouvoir emportant de plein droit assignation pour l'audience indiquée. Cependant, si le renvoi n'avait pas eu lieu à jour fixe, la sommation deviendrait indispensable de la part de celui qui voudrait plus tard donner suite à l'affaire; il en serait ainsi, lorsque l'affaire aurait été renvoyée au tribunal civil pour juger une exception proposée par le défendeur.]

Art. 423. Les étrangers demandeurs ne peuvent être obligés, en matière de commerce, à fournir une caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourront être condamnés, même lorsque la demande est portée devant un tribunal civil, dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce.

C. civ., art. 16. — C. proc., art. 166, et *suprà*, nos 698 et 701.

CCCXLIX. Cet article répète et explique la disposition de l'art. 16 du Code civil, et répare une omission faite dans l'art. 166 du Code de procédure, qui ne distingue point. Cette exception est fondée sur le danger de restreindre les relations commerciales à l'intérieur du royaume, si les étrangers étaient exposés à des entraves pour le recouvrement de leurs fonds ou de leurs marchandises.

[*V.* les nombreuses questions traitées sur l'art. 166.]

[1517 quater. *L'étranger demandeur en validité d'une saisie-arrêt qui a pour cause une dette commerciale est-il dispensé de fournir la caution?*

La question naît de ce que la demande en validité de saisie-arrêt, encore qu'elle ait pour cause une dette commerciale, doit toujours être portée devant le tribunal civil, comme nous le décidons sur la *Quest.* 1953.

Un arrêt de la cour de Bordeaux du 25 août 1829, que nous avons déjà cité sur la *Quest.* 698, a jugé la négative. La cour de Liége s'est prononcée dans le même sens, le 28 mars 1835 (J. de B., 1835, t. 2, p. 349).

L'opinion contraire nous paraît préférable.

Distinguons d'abord le cas où, la dette commerciale ayant été reconnue par jugement du tribunal de commerce, se trouve fondée sur un titre exécutoire, de celui où elle n'est pas revêtue de cette garantie.

Dans le premier cas, la question n'en est pas une, puisque nous avons décidé, sous le n° 698, que l'étranger porteur d'un titre exécutoire n'était jamais tenu de fournir caution pour en obtenir l'exécution.

Dans le second, la demande en validité ne pouvant être accueillie qu'autant qu'on a précédemment obtenu une condamnation, l'étranger demandeur sera obligé d'introduire à la fois deux instances, l'une devant le tribunal de commerce, en condamnation, l'autre devant le tribunal civil, en validité.

La première sera évidemment dispensée de la caution, en vertu de notre article; pourquoi la seconde, qui n'est que l'accessoire de la première, qui a le même but, qui s'appuie sur les mêmes moyens, ne le serait-elle pas aussi?

C'est en vain qu'on oppose que la demande en validité d'une saisie-arrêt, ne pouvant être jugée que par les tribunaux civils, est essentiellement civile de sa nature.

Nous répondrons que la connexité avec la demande en payement la fait participer au caractère commercial de celle-ci; que c'est la nature de la dette qu'il faut consulter en pareille matière, pour entrer dans l'esprit de

la loi, et non pas la nature de la juridiction qui prononce.

En effet, la dernière disposition de l'art. 425 nous avertit que la dispense s'étend même au cas où la demande est portée devant un tribunal civil, dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce. La cour de Metz a jugé, le 26 mars 1831, que lorsque le fond d'une instance est commercial, mais que par suite d'une exception du défendeur, telle qu'une dénégation d'écriture, les parties sont renvoyées par le tribunal de commerce devant les juges civils, pour le jugement de l'incident, l'étranger demandeur n'est pas tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, pour les frais de l'incident. Cette décision est juste; elle est fondée sur ce que l'incident, quoique du ressort du tribunal civil, n'en est pas moins une dépendance de l'affaire commerciale, au jugement de laquelle il doit fournir un des éléments.

Eh bien! l'instance en validité n'est-elle pas, de la même manière, une dépendance de l'affaire commerciale, en ce sens qu'elle a la même origine, qu'elle tend au même résultat, et qu'enfin elle la complète.

Il nous semble, d'après ces réflexions, que la question proposée doit être résolue par l'affirmative.]

Art. 424. Si le tribunal est incompétent à raison de la matière, il renverra les parties, encore que le déclinatoire n'ait pas été proposé.

Le déclinatoire pour toute autre cause ne pourra être proposé que préalablement à toute autre défense.

Ordonn, de 1667, tit. V, art. 5. — C. proc., art. 168, 169, 442, et *suprà*, n°s 724, 772, 774. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. II, tit. IV, art. 286, *Q.* 328, et liv. III, tit. IV, chap. 2, art. 388, *Q.* 521.]

CCCL. Le motif pour lequel l'art. 424 impose aux juges l'obligation de renvoyer les parties, encore bien que le déclinatoire pour incompétence à raison de la matière n'ait pas été proposé, est fondé sur ce que cette incompétence tient au droit public, auquel ni les parties, ni les juges ne peuvent déroger. (*V.* notre *Traité des lois d'org.*, liv. II, tit. V.) Mais il est à remarquer, au surplus, qu'il s'agit uniquement, dans cet article, des déclinatoires fondés sur l'incompétence du tribunal, soit à raison de la matière, soit à raison de la personne, et non pas des renvois pour cause de litispendance, connexité, ou de parenté ou alliance : d'où il suit que l'on doit, sur ces derniers, se conformer aux règles générales.

[Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 717, et Thomine, n° 470, pensent aussi que la loi n'a pas voulu s'occuper, dans l'art. 424, des renvois pour cause de litispendance et de connexité. Quoique Boitard, t. 2, p. 128 et suiv., soit d'une opinion contraire, il nous semble résulter de la rédaction de l'article qu'il a voulu uniquement opposer l'incompétence personnelle à l'incompétence matérielle. (*V.* la *Quest.* 732, t. 2, p. 194.)]

1518. *Quelles sont les exceptions d'incompétence qui peuvent être couvertes par la procédure volontaire, en sorte que l'on ne puisse interjeter appel, comme d'incompétence, du jugement qui serait intervenu?*

Puisque l'art. 424 dispose que, si le tribunal est incompétent à raison de la matière, il renverra les parties, encore que le déclinatoire n'ait pas été proposé, il est hors de doute que l'on ne couvre point, en ce cas, les exceptions d'incompétence, et qu'elles peuvent être opposées en tout état de cause. C'est d'ailleurs un principe général, que l'on peut invoquer en toute juridiction, et dont la cour de Colmar, par arrêt du 17 juin 1809 (Sirey, t. 14, p. 370; Dalloz, t. 4, p. 341), a fait l'application à une cause mal à propos portée devant des juges de commerce, dans l'espèce où un jardinier pépiniériste était assigné pour fait de vente des arbres provenant de sa pépinière.

Mais la seconde disposition de l'art. 424, portant que le déclinatoire, pour *toute autre cause* que l'incompétence à raison de la matière, ne peut être proposé que préalablement à toute autre défense, il s'ensuit que l'on peut couvrir non-seulement l'exception résultant de l'incompétence, fondée sur ce qu'une partie n'aurait pas son domicile dans l'arrondissement du tribunal devant lequel elle serait assignée, mais encore celle qui résulterait de ce qu'une partie, à raison de sa qualité, demanderait son renvoi, à l'occasion d'une affaire qui serait, par sa nature, placée dans les attributions de la juridiction commerciale.

Ainsi, d'après l'art. 636, C. comm., lorsqu'une lettre de change n'est réputée que simple promesse, aux termes de l'art. 112 du même Code, ou lorsque les billets à ordre ne portent que des signatures d'individus non négociants, etc., le tribunal de commerce est tenu de renvoyer au tribunal civil, s'il en est requis par le défendeur. Ici la demande en renvoi sera couverte par le silence du défendeur, qui deviendra non recevable à interjeter appel comme d'incompétence. (*V.* Rouen, 20 avril 1809, Demiau, p. 306, Boucher, p. 78, et Delaporte, *Comm. du C. de comm.*, p. 424.) (1).

(1) Nous examinerons, sur les art. 443, 444 et 445, plusieurs questions relatives aux appels des jugements rendus sur la compétence des tribunaux de commerce, leur solution dérivant particulièrement de l'application de ces articles.

[Ces solutions nous paraissent incontestables.]

1519. ***Mais suit-il de cette proposition que la partie qui, après avoir opposé une semblable exception, susceptible d'être couverte, plaiderait* SUBSIDIAIREMENT *au fond, se rendrait non recevable à appeler de la décision qui l'aurait rejetée?***

Nous ne balancerions pas, d'après l'art. 172, à résoudre négativement cette question, s'il s'agissait d'une matière ordinaire. (*V.* nos 733 et suivants, et notamment *Question* 736.) En effet, rien dans ces matières, n'oblige le défendeur de plaider au fond, puisque le tribunal, n'ayant pas la faculté d'en connaître avant d'avoir, par un premier jugement, prononcé sur la compétence, ne pourrait le lui enjoindre.

Ainsi, dans ce cas, joindre sans nécessité la plaidoirie des moyens du fond à celle du déclinatoire, c'est compromettre le succès de l'appel qu'on interjetterait ensuite du jugement qui aurait écarté l'exception; il est naturel de conclure, de la plaidoirie au principal, que le défendeur a couvert l'incompétence.

Mais la faculté que l'art. 425 accorde aux juges de commerce, de joindre la demande de renvoi au fond, nous semble autoriser suffisamment le défendeur à plaider *à toutes fins,* sans préjudice de ses droits. (*V.* cass., 1er prair. an x; Sirey, t. 2, p. 321.)

En effet, il est intéressé, à raison de cette faculté, à plaider subsidiairement au fond, car il est possible que le tribunal rejette l'exception, et reconnaisse néanmoins, en prononçant sur le fond, que la demande n'est pas fondée, et en déboute le demandeur; au lieu que, si le défendeur gardait le silence sur le fond, le tribunal, sur son refus de plaider, pourrait, après avoir rejeté l'exception, le condamner par défaut; condamnation qu'il lui importe d'éviter, puisque le jugement est exécutoire par provision, nonobstant l'appel.

La défense au fond est donc toujours une précaution sage, puisque, si le déclinatoire n'est pas accueilli, on peut espérer au moins de ne pas succomber au principal, et d'éviter une condamnation qui serait la suite nécessaire du défaut de défense au fond. Au surplus, un arrêt de Rennes du 27 sept. 1817, a formellement consacré cette opinion, que l'on pourrait encore appuyer d'un autre arrêt du 12 août 1810, par lequel la cour a décidé qu'en matière de commerce, la plaidoirie au fond, *sous toutes protestations et réserves*, après rejet du déclinatoire, ne rend point l'appel non recevable, attendu que l'art. 425 laisse toujours le droit d'attaquer les dispositions relatives à la compétence. (*V.* Montpellier, 22 janvier 1811; Sirey, t. 14, p. 364; Dalloz, t. 5, p. 463.)

[Cette solution est juste; elle est admise par Thomine, no 471, et Boitard, t. 2, p. 129. (*V.* nos observations sur la *Quest.* 736.)]

[**1519 bis.** ***En formant, devant un tribunal de commerce, une demande en inscription de faux, ou proposant toute autre exception qui ne peut être jugée que par un tribunal civil, le défendeur ne perd-il pas le droit de proposer l'incompétence* RATIONE PERSONÆ, *sur le fond du procès?***

La négative pourrait résulter de ce que, l'incident soulevé par une semblable exception n'étant pas de la compétence du tribunal de commerce, et nécessitant le renvoi immédiat, quoique partiel, de la cause, on n'est pas censé avoir proposé de défense devant ce tribunal, aucune discussion n'y ayant été engagée, et le tribunal civil en ayant seul connu jusqu'au jugement de l'exception. Dès lors, la partie, ajouterait-on, est encore recevable à opposer son déclinatoire.

Mais ce raisonnement n'a point de force. Quoique jugée nécessairement par le tribunal civil, l'exception n'en a pas moins été présentée devant le tribunal de commerce. C'est une défense inhérente à la cause qui y est pendante, puisqu'elle en a retardé le jugement; et cependant ce n'était pas une contestation de sa compétence sur le fond, c'en était plutôt une reconnaissance, puisque le seul renvoi qu'on eût demandé était celui de l'incident.

Aussi la cour de Paris a-t-elle jugé l'exception d'incompétence irrecevable dans de telles circonstances, par son arrêt du 28 fév. 1812 (Sirey, t. 14, p. 360; Dalloz, t. 14, p. 245).]

1520. ***Si la ville où le défendeur est domicilié n'a point de tribunal de commerce, et qu'il y en ait un dans une autre ville du même arrondissement, cette partie peut-elle demander son renvoi au tribunal de commerce voisin?***

L'art. 616 du Code de commerce donne bien au tribunal de commerce tout l'arrondissement du tribunal civil; mais l'art. 640 donnant aux tribunaux civils le pouvoir de juger commercialement, on pourrait croire qu'ayant été saisis, ils ont droit de retenir la connaissance de l'affaire. Cependant, nous croyons, avec Jourdain, dans son *Code de compét.*, no 978, que le pouvoir de juger commercialement n'est attribué qu'aux tribunaux civils qui n'ont pas de tribunaux de commerce dans leur arrondissement; ainsi, dans cette circonstance, le renvoi nous paraît devoir être ordonné.

[Nous partageons sans difficulté cet avis.]

ART. 425. **Le même jugement pourra, en rejetant le déclinatoire, statuer sur le,**

fond, mais par deux dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre sur le fond; les dispositions sur la compétence pourront toujours être attaquées par la voie de l'appel.

Ordonn. de 1667, tit. XII, art. 10 et 16; de 1673, tit. XII, art. 15 et 14. — *V.* le Comm. de l'art. 170, les nos 722, 724, 1321 et les précédents, sur les articles 172 et 424, *infrà*, sur l'art. 450. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. II, tit. IV, art. 286, et no CCXXXIII, tit. V, art. 293, et liv. III, tit. IV, chap. 2, art. 292, no CCXXXVI à la note. — Locré, t. 9, p. 302, no 65.]

CCCLI. Cette disposition concourt, avec celle de l'article précédent, à prévenir l'abus qui existait autrefois dans le pouvoir qu'avaient les juges de commerce de prononcer sur les déclinatoires, à charge seulement d'en faire mention dans le jugement : d'où l'opinion que l'appel, sur la compétence, n'était pas autorisé, lorsque le capital, qui était l'objet de la demande, étant au-dessous du dernier ressort, permettait aux tribunaux de commerce de prononcer ainsi sur la compétence (1). Si l'article 425 autorise à statuer, par le même jugement, sur les exceptions d'incompétence, en imposant l'obligation de deux dispositions distinctes, l'une sur l'exception, l'autre sur le fond, et en autorisant formellement l'appel de la première, il lève toute incertitude et donne aux plaideurs la garantie que les cours et le ministère public placé près d'elles, exerceront leur surveillance sur cette partie importante de l'administration de la justice. (Rapport au corps législatif.)

Cet article ne fait aucune exception pour les jugements rendus dans les affaires où le tribunal aurait à juger au fond en dernier ressort; ainsi l'appel est recevable dans tous les cas. (Locré, *Esprit du C. de proc.*, t. 2, p. 141, et article 454, C. proc.)

Il est également ouvert sans distinction, soit entre le cas où le tribunal s'est déclaré compétent, et celui où il s'est déclaré incompétent, fût-ce en prononçant le renvoi d'office, soit entre celui où il s'agit d'incompétence à raison de la matière, en raison du ressort, lorsque, dans ce dernier cas, le défendeur n'a pas renoncé au déclinatoire.

Enfin, il est recevable avant comme après le jugement du fond, pourvu que le délai ne soit pas expiré. (*Ibid.*, p. 143.)

[Car ce mot *toujours* de l'art. 425 n'exprime pas qu'aucun délai ne soit prescrit à la faculté d'appeler; il signifie seulement qu'il n'y a, en cette matière, aucun jugement qui ne soit susceptible d'appel, comme le fait observer Favard, t. 5, p. 715, no 8.]

[**1520 bis.** ***Résulte-t-il de l'art. 425 que les tribunaux de commerce puissent joindre le déclinatoire au fond, c'est-à-dire cumuler les moyens d'instruction sur l'un et sur l'autre ?***

Non : car avant tout, il faut que leur compétence, c'est-à-dire, leur pouvoir de juger le fond, soit reconnue, pour qu'ils puissent s'occuper des moyens d'instruction qui y sont relatifs. S'ils ordonnent que ces moyens porteront tout à la fois et sur le déclinatoire et sur le fond, ils préjugent le déclinatoire, ils agissent comme si leur compétence était déjà jugée, ils commettent un excès de pouvoir répréhensible. (Cass., 10 juillet 1837.) La même doctrine résulte de deux arrêts de la cour de Paris, l'un du 14 sept. 1825, l'autre du 26 janvier 1839, qui ont décidé que les tribunaux de commerce dont la compétence est contestée, ne peuvent renvoyer les parties devant arbitres, pour s'y régler tout à la fois sur le déclinatoire et sur le fond.

Ce n'est pas que, si le jugement de la compétence est subordonné à l'examen des pièces du procès, les juges ne puissent s'y livrer : en agissant ainsi, ils n'entament pas le fond, comme l'a jugé la cour de Nancy, le 5 juillet 1837. Ils ne tomberaient dans cet abus qu'en rendant, par un jugement préparatoire ou interrogatoire, cet examen commun aux deux points de l'affaire.]

[**1520 ter.** ***L'appel relevé contre un jugement qui rejette le déclinatoire empêche-t-il de passer outre au jugement du fond?***

En se fondant sur la faculté donnée par l'art. 425 aux tribunaux de commerce, de statuer par le même jugement sur le déclinatoire et sur le fond, les cours d'Aix, arrêts des 26 juillet 1824 et 7 déc. 1827, et de Rouen, arrêt du 13 août 1819, ont décidé que l'appel n'était pas suspensif.

La conclusion ne nous paraît pas logique.

Au moment où le jugement interlocutoire vient d'être rendu, il y a présomption, tant qu'il n'est pas frappé d'appel, qu'il est bien rendu et qu'il ne sera point attaqué. Voilà pourquoi les parties peuvent l'exécuter aussitôt que la huitaine est expirée; voilà pourquoi les juges peuvent le faire exécuter ou l'exécuter à l'instant même, lorsqu'il s'agit d'une mesure d'instruction, comme nous l'avons dit à la note de la *Quest.* 755.

Voilà pourquoi enfin notre article permet de faire suivre immédiatement la disposition qui rejette le déclinatoire, de celle qui juge le fond.

Mais tout cela suppose, à notre avis, que le bien jugé de l'interlocutoire n'est pas contesté, que la présomption n'a pas cessé d'être en sa faveur, qu'en un mot, le point qu'il a décidé

(1) Voy. *Lois de la compétence*, art. 285.

n'est pas remis en question devant les juges supérieurs par l'une des parties.

Si le contraire arrive; si, un intervalle s'étant écoulé après le jugement sur la compétence, la partie condamnée en a profité pour appeler, elle a lié les mains aux premiers juges, qui ne peuvent plus alors passer outre.]

1521. *Lorsqu'il y a eu prorogation de juridiction, c'est-à-dire, consentement exprès ou tacite des parties à être jugées par le tribunal de commerce que l'une d'elles prétendrait ensuite incompétent, ce consentement opérerait-il une fin de non-recevoir contre l'appel?*

Oui, sans contredit, s'il s'agissait d'une incompétence à raison du domicile; mais, dans le cas où le consentement a été donné à l'effet de proroger la juridiction à raison de la matière, il n'en peut résulter une fin de non-recevoir contre l'appel, fût-il interjeté par le demandeur qui lui-même aurait saisi le tribunal de commerce. (*V.* comm. de l'art. 170, et n° 722, Brux., 28 mai 1808, Sirey, t. 9, p. 33, Dalloz, t. 4, p. 322, et Locré, *ubi suprà*, p. 141 et 142. — *Voy.*, en outre, Sirey, t. 8, p. 532, *où se trouve un arrêt qui prononce de la même manière relativement à la compétence des juges de paix.*)

[Cette solution est une conséquence directe des termes combinés des art. 424 et 425.]

1522. *En serait-il de même si la demande avait été portée devant un tribunal civil, au lieu de l'être devant un tribunal de commerce?*

La négative a été jugée par la même cour de Brux., le 28 nov. 1808 (Sirey, t. 9, p. 24; Dalloz, t. 5, p. 430), attendu que les juges ordinaires sont investis, même sous la loi de 1780, de la plénitude de la juridiction civile; d'où il résulte que les parties ont pu, sans s'adresser au juge d'attribution, s'il en existait, s'adresser au juge ordinaire pour faire vider leur différend. Cette décision nous paraît conforme à la saine théorie développée par Henrion dans son *Traité de l'Aut. jud.*, p. 178 et 183, et p. 186 et suiv. : mais lui-même convient, p. 181 et 188, qu'il y a de fortes raisons pour ne pas appliquer ces principes à notre organisation actuelle; et, en effet, on peut citer, contre la décision de la cour de Brux., l'arrêté du 5 fructidor an IX, rapporté au *Rép.*, v° *Incompétence*, n° 2, par lequel il est décidé qu'une affaire administrative sur laquelle les parties avaient plaidé volontairement depuis plusieurs années devait être renvoyée au conseil de préfecture, parce que les incompétences prononcées à raison de la matière, et puisées dans l'ordre public, ne se couvrent pas. On ne saurait se dispenser de convenir que, ce principe de décision admis, on doit résoudre pour l'affirmative la question que nous venons de poser, car il s'applique à tous les cas d'incompétence *en raison de la matière*.

[Sur cette question, extrêmement controversée, et qui, tenant plus à la compétence qu'à la procédure, ne saurait entrer dans notre plan, on peut voir une dissertation très-lumineuse de notre savant confrère Benech, en son *Traité des trib. civ.* Elle résume fort bien l'état de la doctrine et de la jurisprudence, et se trouve rapportée au *J. Av.*, t. 56, p. 265. (*V.* aussi la *Quest.* 724.) Enfin la question se trouve traitée fort au long par Victor Foucher, au t. 4, p. 91, de son édition des *Lois de la compét.* de Carré, 2e part., liv. II, tit. III, art. 264. Les deux auteurs que nous rappelons pensent aussi que l'incompétence des tribunaux civils en matière commerciale est aussi absolue que celle des tribunaux de commerce en matière civile.]

Art. 426. **Les veuves et héritiers des justiciables du tribunal de commerce y seront assignés en reprise, ou par action nouvelle; sauf, si les qualités sont contestées, à les renvoyer aux tribunaux ordinaires pour y être réglés, et ensuite être jugés sur le fond au tribunal de commerce (1).**

Ord. de 1673, tit. XII, art. 16. — C. proc., art. 342 et suiv. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. II, tit. IV, art. 286, *Q.* 522, et 2e part., liv. III, tit. IV, chap. 2, art. 395, et n° CCXXXIX.]

CCCLII. La qualité de femme commune en biens, dans la personne de la veuve, celle d'héritiers, dans les personnes de ceux qui viennent à la succession, les admettent aux bénéfices, et, par conséquent, les obligent à supporter les charges, soit de la communauté, soit de la succession. Il est donc juste qu'ils soient

(1) [* Le tribunal de commerce est compétent pour connaître d'une action dirigée contre le débiteur principal et son garant, qui s'est obligé, en cette qualité, pour des opérations commerciales. (Br., 11 mai 1833; J. de B., 1833, p. 417.)

Lorsque les héritiers d'un commerçant, assignés en reprise d'instance devant un tribunal de commerce, demandent à être mis hors de cause, en soutenant que, d'après la coutume qui régit leurs droits, les dettes personnelles du défunt incombent au survivant des époux, et non aux héritiers, qui n'en sont tenus qu'*in subsidium*, il y a lieu de renvoyer l'examen de cette fin de non-recevoir devant les tribunaux civils.

Semblable exception ne forme pas une exception de discussion proprement dite, qui, comme celle d'une caution, devrait être opposée *in limine litis*. (Br., 10 novembre 1834; J. de B., 1836, p. 5.)]

placés, à l'égard de celui qui aurait quelques actions à former contre le défunt, dans le même état où ce dernier se trouvait à l'époque de son décès, et qu'ils soient assujettis à la juridiction exceptionnelle à laquelle il était sujet, à raison de sa profession de commerçant ou des actes de commerce qu'il eût faits. Mais aussi, lorsque les qualités de la veuve ou des héritiers sont contestées, cette juridiction cesse dès lors et nécessairement d'être compétente pour statuer sur l'action, la question préjudicielle à décider, relativement à ces qualités, n'étant point matière de commerce et appartenant naturellement à la juridiction ordinaire.

1523. *Qu'est-ce que l'on doit entendre par ces mots,* ACTION NOUVELLE?

La cour de Limoges faisait observer, sur le projet, que l'art. 16 du tit. XII de l'ord. de 1673 contenait aussi ces mots, *action nouvelle*, et que les auteurs ainsi que les tribunaux étaient divisés sur le sens qui leur appartient.

Mais nous n'avons pas besoin de nous étendre pour prouver que ces mots, *action nouvelle*, doivent être entendus en ce sens que l'on peut assigner au tribunal de commerce *de plano*, c'est-à-dire *par action principale*, les veuves et héritiers de celui qui, pour raison de l'objet de la demande, eût pu y être assigné; il n'est pas même nécessaire, quoi qu'en ait dit Jousse, sur l'article précité de l'ordonnance, qu'ils continuent le commerce. Le Code, en ne distinguant pas, a tranché toutes les difficultés qui ont pu s'élever autrefois sur ce point.

Mais il importe de remarquer, avec ce commentateur, que dans les cas où la veuve ou les héritiers viendraient à être condamnés, le jugement ne serait exécutoire que sur leurs biens, et non contre leur personne, la contrainte par corps étant purement personnelle. Nous sommes dispensé de citer des autorités en faveur de cette solution : c'est celle de tous les auteurs qui se sont occupés de la question.

Ainsi, pour appliquer la disposition de l'article 426, il n'est pas nécessaire qu'il ait déjà existé une instance avec le défunt. (Paris, 16 mars 1812; Sirey, t. 14, p. 105; Dalloz, t. 5, p. 440.)

[Cette doctrine a été également consacrée par trois arrêts de la cour de cass. des 25 prairial an XI, 20 frim. an XIII, et 1er sept. 1806 (Sirey, t. 6, p. 743; Dalloz, t. 5, p. 409).

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 719, Thomine, n° 472, et Boitard, t. 2, p. 130, l'enseignent aussi. Il n'est pas permis, disons-le avec ces auteurs, d'élever le moindre doute sur ce point. Ce n'est pas à la personne même qu'est attachée la compétence du tribunal de commerce; c'est à la nature du contrat. Il s'ensuit que cette compétence est définitivement réglée aussitôt que le contrat a pris naissance, et que les événements postérieurs n'y peuvent rien changer.

Néanmoins, il faut poser à ces principes une restriction nécessitée par la disposition de l'article 442. C'est que le tribunal de commerce, compétent pour condamner les héritiers d'un négociant au payement de la dette contractée par celui-ci, ne l'est point pour ordonner contre eux l'exécution du jugement rendu contre le négociant lui-même. (Cass., 3 brum. an XII; Sirey, t. 4, p. 28; Dalloz, t. 5, p. 420.)

Les héritiers ne peuvent être justiciables du tribunal de commerce qu'autant que leur auteur l'eût été lui-même; or, pour l'exécution, il ne peut pas l'être d'après l'art. 442.]

1524. *Devant quel tribunal assignera-t-on par action nouvelle?*

Il faut se conformer dans ce cas à l'article 420. (Delvincourt, *Inst. du droit comm.*, p. 361, édit. de la Soc. Typ.)

[Cette solution est de toute évidence.]

[**1524 bis.** *Quand y a-t-il lieu à reprise d'instance, et comment doit-elle être faite?*

Devant les tribunaux civils, il n'y a plus lieu à reprise du moment que les plaidoiries sont commencées, parce que, les parties ayant devant ces tribunaux leurs représentants légaux, ceux-ci, qui sont nantis de pièces, peuvent et doivent même continuer, achever les plaidoiries, de manière à ce que le jugement n'éprouve aucun retard.

Devant les tribunaux de commerce, la partie se défend elle-même ou par un mandataire spécial, et, comme le mandat finit par la mort du mandant, le décès de la partie doit interrompre la procédure à quelque point qu'elle soit parvenue, nul n'ayant alors qualité pour la poursuivre.

Cependant, si les plaidoiries étaient terminées, et que la cause eût été mise en délibéré, le rôle des plaidoiries ayant pris fin, nous pensons que rien n'empêcherait les juges de prononcer. La reprise ne peut avoir lieu par acte d'avoué, puisqu'il n'en existe pas devant cette juridiction. Un acte à la partie devra donc être employé.

Toutes ces solutions, que nous approuvons, ont été données par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 718 et 719.

Le 7 therm. an XII (Sirey, t. 4, p. 496; Dalloz, t. 5, p. 348 et 410), la cour de Poitiers a jugé que les héritiers d'un négociant, décédé avant la fin d'une instance commerciale, peuvent reprendre cette instance devant le tribunal de commerce, quoique leur auteur fût demandeur et que le procès eût lieu contre des personnes devenues cohéritières. Cet arrêt a été

rendu avant la publication de nos nouveaux Codes; mais il n'y a rien dans leurs dispositions qui dût motiver aujourd'hui une décision différente.]

1525. *Quelles peuvent être les qualités des parties qui soient susceptibles de contestation, dans l'espèce de l'art.* 426?

Il suffit, pour résoudre cette question, de rappeler les termes de la seconde disposition de l'art. 16 du tit. XII de l'ord. de 1673 : «..... Et en cas, disait cet article, que la qualité ou de *commune*, ou d'*héritier pur et simple*, ou *par bénéfice d'inventaire*, soit contestée, les parties seront renvoyées par-devant les juges ordinaires pour les régler.» Nous ajouterons à ces qualités celle de légataire universel, ou à titre universel. (*Voy.* ce même article 16, Demiau, p. 307, et Bouch..., p. 80.)

[Le 23 messidor an IX (Sirey, t. 1, p. 672; Dalloz, t. 5, p. 411), la cour de cass. a appliqué le principe de notre article à l'exception proposée par le défendeur, tendant à établir qu'il n'était point l'héritier du négociant débiteur.

Le 10 juillet 1807 (Sirey, t. 8, p. 77; Dalloz, t. 5, p. 412), la cour de Brux. a déclaré que la question de savoir si un débiteur était majeur ou mineur à l'époque de ses engagements, est essentiellement hors de la juridiction commerciale. Thomine, n° 472, approuve cet arrêt.

Enfin, les 9 mai 1809 et 8 juin 1820 (Sirey, t. 10, p. 209; Dalloz, t. 5, p. 411), les cours de Nîmes et de Rennes ont fait l'application de l'incompétence à la détermination des qualités, la première d'héritier pur et simple, la seconde d'héritier bénéficiaire du défendeur.

La cour de Riom ne s'est pas mise en opposition avec cette jurisprudence, lorsque, par son arrêt du 27 déc. 1830, elle a décidé qu'un tribunal de commerce n'excède pas ses pouvoirs en condamnant des successibles qui se prétendent héritiers bénéficiaires, en cette qualité, et, pour le cas où ils ne la prouveraient pas, en qualité d'héritiers purs et simples. Il est sensible que par cette condamnation conditionnelle, le tribunal n'avait pas préjugé la qualité du défendeur et qu'il n'était donc point sorti de sa compétence. Cet arrêt n'en était pas moins contraire aux véritables principes et même au texte de l'art. 426, en ce qu'il devait suspendre son jugement sur le fond jusqu'après la décision sur la qualité et non pas rendre un jugement sous condition. Adopter la doctrine de la cour de Riom, ce serait revenir aux jugements comminatoires formellement proscrits par la nouvelle jurisprudence. (*V.* au surplus la *Quest.* 1527.]

1526. *Lorsque l'une des qualités ci-dessus indiquées est contestée, le renvoi aux juges ordinaires doit-il être prononcé, quoiqu'il ne soit pas demandé par les parties?*

La cour de Nîmes s'est prononcée sur cette question d'une manière affirmative par arrêt du 9 mai 1809 (Sirey, t. 9, p. 209; Dalloz, t. 5, p. 411), attendu que l'incompétence dérive ici de la matière; mais il faut remarquer que la cour de cassation, en décidant aussi, le 13 juin 1808, que les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'état des personnes contesté incidemment ou par voie d'exception, a néanmoins considéré, pour casser un arrêt qui avait rejeté la demande en renvoi, *que dans tout le cours du procès la partie intéressée avait décliné la juridiction du tribunal de commerce.*

Nous pensons que l'on ne peut rien induire de là contre la décision de la cour de Nîmes; l'arrêt du 13 juin 1808 ne renferme que surabondamment le considérant que nous venons de rapporter, et il suffit de prendre lecture de ceux qui le précèdent pour se convaincre que la cour de cassation n'a point entendu décider négativement la question que nous avons posée (1).

[Nous croyons cette solution fort exacte : ici l'incompétence est *ratione materiæ*. C'est aussi l'avis de Boitard, t. 2, p. 130.]

Art. 427. Si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux, et que la partie persiste à s'en servir, le tribunal renverra devant les juges qui doivent en connaître (2), et il sera sursis au jugement de la demande principale.

Néanmoins, si la pièce n'est relative qu'à un des chefs de la demande, il pourra être passé outre au jugement des autres chefs.

Déclaration du 15 mai 1703. — C. proc., art. 14, 214 et suiv., 218, 442. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. II, tit. III, art. 276; liv. III, tit. Ier, art. 312, *Q.* 383; tit. IV, chap. 2, art. 394, et n° CCXXXVIII. — Locré, t. 9, p. 164, n° 28.]

CCCLIII. L'article ci-dessus repose sur les

(1) Mais, comme le remarque Locré, *Esprit du Code de commerce*, t. 8, p. 180, les juges de commerce peuvent prononcer sur la question de savoir si un particulier traduit devant eux est ou n'est pas commerçant, et la raison en est que cette question appartient au droit commercial, et que les tribunaux de commerce sont les premiers juges de leur compétence.

[Aussi trouve-t-on un grand nombre de décisions rendues dans ce sens.]

(2) [* Lorsqu'une pièce contenant élection de domicile, attributive de juridiction, est déniée devant le tribunal de commerce où elle est produite, ce n'est

mêmes motifs que l'art. 14, et est fondé sur ce que les tribunaux de commerce sont juges d'exception, et ne peuvent conséquemment connaître des incidents, qui ne sont pas *matière commerciale*. (*V.* le comment. de l'article 14.)

[1526 bis. ***Est-ce l'incident seulement ou la cause tout entière qui devient de la compétence du tribunal civil?***

L'expression de *sursis* employée dans l'article 427 fait bien voir que la cause principale demeure dans les attributions du tribunal de commerce, et qu'il n'est dessaisi que de la connaissance de l'incident. Aussi la question ne souffre point de difficulté, et cette solution est admise par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 720, Thomine, n° 472, et Boitard, t. 2, p. 131. Ces deux derniers auteurs enseignent une doctrine opposée, lorsqu'il s'agit de l'application de l'art. 14; nous avons combattu leur opinion, *Quest.* 55, t. 1, p. 55.]

1527. ***Un tribunal de commerce, légalement saisi d'une demande, peut-il statuer sur une exception autre que les vérifications d'écritures, etc., si cette exception est, par son objet, hors de la compétence de ce tribunal?***

Il faut toujours se rappeler le principe que la compétence des tribunaux de commerce ne peut être étendue à des questions autres que celles qui leur sont expressément attribuées par la loi. De ce principe il résulte que ces tribunaux ne peuvent indistinctement prononcer sur toutes les exceptions qui peuvent être proposées devant eux, et qu'il est une foule de cas dans lesquels ils doivent en renvoyer le jugement aux tribunaux ordinaires, et surseoir à statuer sur le principal jusqu'à ce que ce jugement soit intervenu. Ce principe est posé dans un arrêt de la cour de cass. du 28 mai 1811 (Dalloz, t. 12, p. 15). On sent que nous ne pouvons entrer dans le détail des différentes exceptions qui seraient sujettes à son application; mais nous pensons qu'en général il faut que l'exception présente à juger une question de droit non commercial, dont la solution, donnée en faveur de la partie qui l'oppose, rendrait le tribunal de commerce incompétent pour juger le fond (1).

[Il n'est certainement pas toujours facile de déterminer, d'une manière précise, les limites de la compétence d'un tribunal de commerce, devant lequel on propose, sous le cours d'une instance commerciale, une exception qui paraît toucher au droit civil.

Cependant, après y avoir mûrement réfléchi, nous croyons pouvoir poser les principes suivants.

Les tribunaux de commerce sont institués pour juger les affaires commerciales, en tant que leur jugement ne soulève pas de difficultés étrangères au droit commercial. Mais, si ces difficultés se présentent, les tribunaux de commerce doivent en renvoyer l'examen à la juridiction naturellement compétente.

Ainsi, oppose-t-on à ma demande une exception qui exige l'appréciation d'un moyen pur de droit civil? Par exemple, forme-t-on une inscription de faux contre la pièce authentique sur laquelle je fonde mes prétentions? Si c'est un acte sous seing privé, en méconnaît-on l'écriture, et, par là, en rend-on la vérification nécessaire? Conteste-t-on ma qualité d'héritier légitime de celui envers qui on avait contracté l'obligation dont je réclame l'exécution? Invoque-t-on un moyen de nullité contre le testament qui m'institue son représentant?

Toutes ces exceptions font naître des questions civiles, pour le jugement desquelles le tribunal de commerce n'a point de compétence: il doit suspendre, jusqu'à la solution de ces questions par le tribunal civil, le jugement de la cause commerciale qui en dépend.

Mais il n'en faut pas conclure que toute espèce d'exception doive arrêter la marche de la juridiction commerciale. Il en est qui tiennent au fond du droit, qui attaquent dans son principe l'obligation dont l'exécution est réclamée devant les juges consulaires, et qui, à

---

pas au tribunal civil du domicile élu, mais bien à celui du domicile réel du défendeur, à connaître de la vérification de la pièce méconnue. (Brux., 5 et 21 octobre 1815; J. de B., 1815, 2e, p. 184.)]

(1) Parmi les exceptions que les juges de commerce doivent, par ce motif, renvoyer devant les tribunaux ordinaires, nous citerons particulièrement toutes celles qui tendent à faire décider qu'il y a eu délit ou crime. Locré fait aussi cette remarque, que contient l'art. 427, et il ajoute qu'il en serait de même, si l'une des parties prétendait que des témoins ont été subornés; que l'autre a fait un faux serment; qu'un témoin a fait une fausse déposition; que la pièce qu'on fait valoir contre elle, quoique véritable, lui a été volée ou extorquée. Dans toutes ces circonstances, en effet, l'exception présente à prononcer sur des délits et des crimes, et ce jugement n'appartenant qu'à la justice criminelle, le renvoi est nécessaire, ainsi que le sursis, si l'exception présente une question indispensable à résoudre pour statuer sur le principal. Mais il en serait autrement, comme le fait observer Pardessus, n° 1373, dans le cas où une partie prétendrait qu'une signature lui a été arrachée par la violence ou surprise par le dol: le tribunal serait compétent pour juger ces expressions.

[Cependant la cour d'Angers par son arrêt du 23 janvier 1813, a jugé que le tribunal de commerce devient incompétent, lorsque l'exception de nullité, pour violence et dol, est opposée au billet dont le payement est demandé. On peut voir, dans nos observations au texte, que nous préférons, sur ce point, le sentiment de Carré.]

ce titre, peuvent et doivent même être appréciées par eux.

Telles sont celles qui consisteraient à décliner la qualité de commerçant, soit d'une manière absolue de la part d'un défendeur quelconque, soit, de la part d'une femme mariée, parce qu'elle n'a pas reçu de son mari l'autorisation nécessaire pour faire des actes de commerce; à contester la sincérité ou l'étendue du mandat d'un commissionnaire; à désavouer l'agréé qui aurait compromis, par des aveux non ratifiés, les intérêts de son client; à arguer de dol et de fraude la convention qui fait l'objet du débat.

Si donc l'exception est de cette dernière espèce, le tribunal de commerce peut passer outre, soit en la rejetant, soit en l'adoptant. Il n'en est pas de même si c'est une de celles que nous avons d'abord caractérisées.

Mais, dira-t-on, quelle est la cause commerciale où une exception du droit civil ne pourra pas être soulevée, à tort ou à raison? Si l'on ne donne pas au tribunal de commerce le droit d'apprécier toutes les questions nécessaires au jugement de la cause qui lui est soumise, la chicane et la mauvaise foi en profiteront pour obtenir, par des exceptions mal fondées, des renvois devant le tribunal civil, dans le seul but de prolonger indéfiniment la contestation: pour répondre à cette objection, une distinction est indispensable.

Le Code de procédure, par les art. 426 et 427, signale deux cas à l'égard desquels, ni l'hésitation, ni aucune sorte de tempérament ne nous paraissent permis.

Le premier cas est celui où la personne assignée comme héritière de celle qui avait contracté l'engagement commercial, décline cette qualité d'héritière. C'est là une exception que le tribunal de commerce ne peut examiner, ni pour l'admettre, ni pour la rejeter; l'art. 426 l'interdit formellement : les difficultés que cet examen soulèverait, justifient suffisamment sa disposition.

Le second est celui où une pièce produite est déniée, méconnue ou arguée de faux. La procédure de faux, celle de vérification d'écritures appartiennent exclusivement aux tribunaux civils. Le sursis est donc encore forcé; l'inconvénient des retards n'a ni frappé ni arrêté le législateur : la discussion au conseil d'État de l'art. 427 le démontre. (*Voy*. Locré, t. 9, p. 164, n° 28.)

Dans ces deux cas, selon nous, la nécessité où se trouve le juge consulaire de renvoyer devant le tribunal civil, ne reçoit qu'une seule modification. C'est lorsqu'il reconnaît que l'exception soulevée ne fait rien dans la cause, que celle-ci peut être jugée indépendamment du jugement de celle-là; par exemple, si la pièce déniée n'est pas le seul fondement de la demande, et qu'on trouve dans les circonstances du procès, d'autres éléments qui la justifient, si la personne qui dénie sa qualité d'héritier était personnellement obligée à la même dette, et qu'on puisse conséquemment la condamner en son propre nom; ou bien si l'obligation qu'on veut lui faire supporter est nulle, même vis-à-vis de son auteur prétendu. Dans toutes ces suppositions, l'appréciation de l'exception devient inutile, le procès pouvant être jugé sans qu'on s'y arrête; le tribunal, en le jugeant, n'excédera pas ses pouvoirs, n'empiétera pas sur la juridiction civile, puisqu'il n'examinera l'exception ni de près ni de loin, puisqu'il n'aura besoin ni de l'admettre ni de la rejeter.

Ce n'est donc pas, à proprement parler, une exception à la rigueur des art. 426 et 427, C'est tout simplement un cas qui ne rentre pas dans leur domaine.

Ainsi, nous avons décidé, en matière de désaveu, sur la *Quest*. 1312, que le juge du fond qui, en règle générale, doit surseoir, lorsqu'une pièce produite devant lui est attaquée par la voie du désaveu, n'est pas néanmoins obligé de le faire, mais peut et doit passer outre au jugement, lorsqu'il peut le prononcer indépendamment de cette pièce, lorsqu'il voit que le jugement de désaveu, fût-il accueilli, fût-il repoussé, ne pourrait influer en rien sur la décision de la cause.

Tels sont les principes qui régissent les cas prévus par les art. 426 et 427 du Code de procédure civile; ces articles nous paraissent absolus. C'est la première branche de notre distinction.

Mais à l'égard de toute autre exception tenant au droit civil, nous croyons devoir admettre, avec la jurisprudence, un tempérament de nature à prévenir les inconvénients signalés par l'objection que nous voulons combattre.

Les tribunaux de commerce ne pourront pas sans doute (les limites de leur compétence s'y opposent) examiner une exception de droit civil autre même que celle des art. 426 et 427, pour la déclarer bien fondée, pour l'admettre et en faire l'une des bases de leur jugement.

Mais s'ils s'aperçoivent que l'exception est soulevée sans aucun fondement même apparent, qu'elle n'a d'autre but que de prolonger le procès, qu'elle n'est qu'un moyen de pure chicane, ou bien qu'elle est insuffisante ou inadmissible, l'acte qu'elle attaque ne pouvant être ébranlé par une exception de cette nature, alors ils pourront déclarer qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'exception, que le procès en est indépendant, qu'il peut et doit être jugé sans qu'on ait besoin d'examiner cette exception.

Agir de la sorte n'est pas se livrer à l'appréciation, au fond, d'un moyen de droit civil,

ce n'est pas juger une matière civile; c'est seulement reconnaître que ce moyen n'est pas sérieux, que cette matière est étrangère à la cause. Bien loin de se livrer à son examen, c'est refuser de s'y arrêter.

Ainsi nous rendons aux tribunaux de commerce toute leur dignité; ils pourront à la fois et respecter les limites que la loi a tracées à leur juridiction, et éviter néanmoins d'être, pour ainsi dire, le jouet d'un plaideur de mauvaise foi, qui ne craindrait pas de mettre à tout moment de capricieuses entraves à l'exercice de leur juridiction légale.

En résumé, tant d'autorité ne leur est pas attribuée lorsque c'est l'une des exceptions prévues par les art. 426 et 427 que la partie soulève devant eux. Ces articles, avons-nous dit, sont absolus: le renvoi est absolu. Les tribunaux de commerce ne peuvent, dans ces deux cas, ni admettre, ni rejeter l'exception, à moins qu'elle ne soit sans portée dans la cause.

C'est seulement à l'égard des exceptions de droit civil non prévues par les art. 426 et 427 qu'ils peuvent user de leur pouvoir, mais uniquement pour les rejeter, jamais pour les admettre.

Il s'est présenté devant la cour de Toulouse une espèce où ces principes ont été appliqués.

Le payement d'un effet de commerce était réclamé par le légataire du porteur devant les juges consulaires, et les défendeurs, signataires de l'effet, lui déniaient la qualité de légataire, en méconnaissant l'écriture du testament olographe qui la lui conférait. Il est même à remarquer que les signataires de l'effet étaient au nombre des héritiers du sang du porteur décédé.

Le légataire universel les assigne en payement; ils répondent qu'ils ne reconnaissent pas sur sa tête les actions de leur auteur, qu'elles leur appartiennent à eux-mêmes, que le testament sur lequel il fonde sa qualité n'est pas sincère, et qu'ils forment, devant les tribunaux compétents, une instance pour obtenir le délaissement de la succession, dont le légataire, au reste, avait été mis en possession par ordonnance du président du tribunal civil. Ils demandent un sursis aux poursuites jusqu'après l'évacuation de cette instance.

Le tribunal accorde un sursis de deux mois, à la charge par eux de faire vérifier l'écriture du testament dans ce délai et à leurs frais.

Ce délai expiré, nouveau jugement qui, faute par les défendeurs d'avoir fait procéder à la vérification du testament, prononce contre eux la condamnation au profit du légataire universel.

Les héritiers signataires forment appel de ces deux jugements, du premier, comme ayant mal à propos fixé un délai pour la décision de l'incident, du second, comme ayant passé outre au jugement quoique la qualité du demandeur fût contestée.

La cour, par son arrêt du 2 juill. 1839, rendu sur les conclusions conformes de M. le procureur général Romiguières, annula le premier jugement pour excès de pouvoir, et, considérant que le tribunal aurait dû faire la première fois ce qu'il avait fait la seconde, elle confirma le jugement de condamnation.

L'art. 426 ne lui parut pas applicable à l'espèce, parce qu'il s'occupe seulement des héritiers des justiciables des tribunaux de commerce, actionnés devant ces tribunaux, et qui contestent la qualité qu'on veut leur donner, tandis qu'il s'agissait ici d'un demandeur se présentant avec un titre qui établissait sa qualité de légataire, et à qui le défendeur la contestait pour lui refuser action contre lui.

Deux motifs principaux ont dû guider la cour, comme ils avaient déterminé le tribunal de commerce dans son second jugement: 1° Les circonstances de la cause faisaient penser que l'exception était plutôt un moyen dilatoire qu'un moyen sincère de défense; 2° le testament olographe étant soutenu par l'autorité d'une ordonnance d'envoi en possession, acte authentique, la dénégation de qualité ne suffisait pas pour arrêter la marche de la procédure, il aurait fallu s'inscrire en faux contre l'acte exécutoire d'où résultait cette qualité.

Ces motifs rentrent parfaitement dans notre théorie.

Mais la cour en a donné un troisième que nous ne pouvons adopter. « Le demandeur, a-t-elle dit, peut faire juger, contre les exceptions du défendeur, tous les moyens qu'il invoque à l'appui de sa demande, par le tribunal nanti de leur contestation. » De ce principe, énoncé d'une manière aussi générale, il résulterait que toute exception peut être vérifiée, rejetée ou admise par le tribunal de commerce, lorsqu'elle se présente devant lui; et que, juge du fond, il est, par cela seul, juge de tous les incidents.

Nous ne le pensons pas. Nous estimons, au contraire, comme on vient de le voir, qu'indépendamment des renvois nécessités par les art. 426 et 427 du Code de proc. civ., toute exception de droit civil doit être renvoyée devant les tribunaux civils, lorsque son examen est indispensable au jugement de la cause commerciale, que le tribunal de commerce ne peut éviter ce renvoi qu'en déclarant l'examen de l'exception sans importance.

Au reste, nous citerons quelques exemples fournis par la jurisprudence ou la doctrine, d'exceptions dont l'examen au fond n'appartient pas au tribunal de commerce.

Thomine, n° 472, pense que s'il s'élève un incident de désaveu, non contre l'agréé, mais contre un officier ministériel, le renvoi doit être ordonné.

L'arrêt de la cour de cassation cité par Carré est rendu dans une espèce où l'incident soulevé ne pouvait être vidé que par l'appréciation d'un acte administratif.

Le 19 juin 1824, la cour de Grenoble a jugé le renvoi nécessaire, parce que le payement d'un billet à ordre dépendait de certaines conditions relatives à un engagement militaire.

Le 10 sept. 1829 (*Gaz. des trib.* du 11), la cour de Paris a décidé que le sursis devait avoir lieu lorsque, dans le cours de l'instance, il était formé une plainte correctionnelle; mais, le 17 nov. 1836, la cour de Grenoble a déclaré le sursis inutile, pourvu que le jugement commercial donnât acte de l'intention de poursuivre au criminel : les faits n'étant pas rapportés, on ne sait à quoi attribuer cette apparente contradiction.

Quant à l'incident de faux, il donne toujours lieu au sursis et au renvoi, lors même que la pièce arguée est un acte authentique. Les tribunaux de commerce ne jouissent pas à cet égard du pouvoir facultatif accordé dans ce cas aux tribunaux ordinaires par l'art. 1319, C. civ.; c'est ce qu'a jugé avec raison la cour de Brux., le 14 oct. 1822 (J. de B., t. 2 de 1822, p. 288). Mais ils peuvent, par mesure de précaution, ordonner le dépôt de la pièce à leur greffe. (Cass., 1er avril 1829; Sirey, t. 29, p. 154.) Ce n'est pas là s'immiscer dans la procédure de faux. (*V.* la question suivante.)]

1528. ***La simple dénégation d'un écrit, ou l'allégation du faux, assujettirait-elle le tribunal de commerce, d'une manière absolue, à renvoyer devant les tribunaux civils?***

On pourrait conclure de ce que la plupart des auteurs ont dit sur l'art. 427, que le tribunal de commerce serait tenu de renvoyer les parties devant les tribunaux civils, et même sans en être requis, dès que l'une d'elles persiste à se servir d'une pièce que la partie adverse a déclaré méconnaître, dénier ou arguer de faux.

Cependant, dit Demiau, p. 308, la dénégation d'un écrit ou la déclaration qu'on ne le reconnaît pas, n'assujettit point les tribunaux de commerce, d'une manière absolue, à renvoyer les parties à se pourvoir.

Ils peuvent, nonobstant cette contestation, admettre à la preuve de la remise du titre, faite par celui qui nie l'avoir souscrit, et, par suite de cette preuve, prononcer la condamnation d'après le fait seul de la remise. (Cass., 18 août 1806; Sirey, t. 6, p. 388; Dalloz, t. 16, p. 13.)

Nous ajouterons que, par arrêt du 9 août 1809 (Dalloz, t. 16, p. 13; Sirey, t. 7, p. 1241), la cour de Paris a jugé qu'un tribunal de commerce pouvait passer outre à la condamnation en payement d'effets commerciaux, nonobstant la dénégation du défendeur et sa déclaration même d'entendre s'inscrire en faux. Dans l'espèce, le défendeur avait fait au demandeur la sommation de déclarer s'il entendait se servir d'une lettre de change, lui signifiant que, dans le cas de l'affirmative, il s'inscrirait en faux contre cette pièce, et en poursuivrait la nullité devant les tribunaux compétents. Nonobstant cette déclaration, le tribunal de commerce condamna, attendu que l'exception du défendeur ne tendait évidemment qu'à éluder le payement de la lettre de change, ou au moins à le différer... Appel de la part du défendeur, qui rendit plainte en faux principal; devant la cour, il invoqua l'art. 427, et retraça les inconvénients qui pouvaient naître de sa violation. L'intimé soutint que la simple dénégation d'une pièce ne suffisait pas pour suspendre la juridiction du tribunal saisi; qu'il fallait une inscription de faux déjà formée. Il ajouta que, dans l'espèce, l'inscription de faux serait sans effet, puisque la cour spéciale de la Seine s'était déclarée incompétente. La cour d'appel, adoptant les motifs des premiers juges, mit l'appel au néant, contre les conclusions du ministère public.

La décision portée au premier arrêt que nous venons de citer nous semble à l'abri de toute controverse, parce qu'il est dans l'esprit de l'art. 427 que les tribunaux de commerce prononcent sur le fond, toutes les fois qu'il existe des circonstances ou des preuves qui rendraient l'exception sans objet. Or, la remise d'un effet commercial, effectuée au porteur par le défendeur qui dénie cet effet, est une circonstance suffisante pour écarter la dénégation. Mais nous ne croyons pas que le second arrêt, celui de la cour de Paris, puisse servir à fixer la jurisprudence en ce sens qu'il faille une inscription de faux déjà formée pour que le tribunal de commerce soit tenu de prononcer le renvoi.

On voit d'ailleurs, par l'analyse que nous avons faite de l'espèce, que le tribunal de commerce, et par suite la cour, n'ont jugé qu'en pur point de fait. Ce sont donc les circonstances seules qui pourraient déterminer le refus d'un renvoi : mais il en faut de bien fortes; il en faut de telles qu'il soit de toute évidence que l'incident de faux n'ait été élevé qu'afin d'éluder ou de retarder le payement.

Supposons, par exemple, que l'on allègue vaguement le faux, sans exprimer de quel fait il résulterait, et qu'il serait certain, d'après les circonstances de la cause, que cette allégation de faux n'aurait été hasardée qu'afin de soustraire au tribunal de commerce une excep-

tion fondée sur des faits qui ne pourraient constituer un faux ; alors, sans doute, le tribunal serait autorisé à prononcer sur cette exception. (Orléans, 10 fév. 1809; Sirey, t. 9, p. 400) (1).

[Quant à nous, nous allons plus loin, et nous pensons, comme on l'a vu sur la question précédente, que les tribunaux de commerce ne sont pas libres de mettre de côté l'exception tirée du faux, lors même qu'il leur serait démontré que c'est une simple chicane dilatoire. Les art. 426 et 427 contiennent, selon nous, des dispositions absolues qui ne laissent point de place à l'arbitraire du juge. Le sursis est inévitable : il est commandé.

On peut bien citer, pour l'opinion contraire, les arrêts des cours de Rennes, 21 nov. 1816, de Paris, 12 juill. 1837, et de la cour de cass., 2 fév. 1836.

Mais ces cours nous paraissent avoir été entraînées, par les circonstances des causes qui leur étaient soumises, dans une voie différente de celle qui est tracée par la loi.

Quant aux observations du rapporteur, dans la dernière de ces trois espèces, elles ne nous paraissent pas pouvoir soutenir un examen sérieux. Peut-on dire que le débiteur d'un effet de commerce n'a point d'intérêt à payer au porteur légitime plutôt qu'à celui qui le serait devenu par un endossement faux et simulé? et cela sous prétexte qu'il sera valablement libéré en payant au porteur réel? Il nous semble, au contraire, que le débiteur a le plus grand intérêt à ne pas s'exposer à de nouvelles poursuites de la part du vrai créancier, et par conséquent à discuter les titres de celui qui se présente.

Nous concluons donc, comme nous l'avons déjà fait sur la *Quest.* 1527, que le tribunal de commerce ne peut passer outre, malgré l'incident de faux, que lorsque cet incident ne peut pas influer sur le fond; par exemple : 1° Si la pièce arguée est sans portée pour le jugement de la contestation, comme l'enseignent Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 721, Thomine, n° 449, et Pardessus, n° 1373; 2° si le procès a plusieurs chefs, car le tribunal peut statuer sur les chefs indépendants de la pièce, selon la disposition finale de l'art. 427; 3° si la dénégation ne se rapporte qu'à une partie indifférente de la pièce, par exemple, à la date d'un endossement (Florence, 30 août 1810; Dalloz, t. 16, p. 14); il en serait autrement si l'inscription de faux portait sur le montant du billet : le sursis devrait avoir lieu, quoique l'altération fût attribuée à un autre que le porteur, et que celui-ci fût de bonne foi (cass., 29 nov. 1833); 4° enfin, Pardessus, n° 1373, signale encore, comme ne devant pas nécessiter le sursis, l'inscription de faux formée par un appelé en garantie dont la signature ne se trouverait pas dans l'ordre des négociations, par exemple un donneur d'aval. La condamnation n'en devrait pas moins être prononcée contre les endosseurs et le tireur.

Sur le point de savoir s'il faut une inscription de faux déjà formée pour que le sursis doive être prononcé, l'opinion de Carré, que nous partageons, malgré l'avis contraire de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 721 et 726, est consacrée par deux arrêts, l'un de la cour de Brux., 14 oct. 1822 (J. de B., t. 2 de 1822, p. 288), l'autre de la cour de cass., 23 août 1827 (Sirey, t. 28, p. 197). Il suffit que la pièce soit arguée de faux.]

1529. ***Lorsque les tribunaux civils sont saisis, comme juges de commerce, d'une affaire sur laquelle intervient une dénégation de pièces ou une allégation de faux, doivent-ils ordonner le sursis, conformément à l'art.* 427?**

Ce serait aux tribunaux ordinaires eux-mêmes que le tribunal de commerce renverrait l'incident : donc ces tribunaux peuvent de suite, et sans ordonner un sursis, prononcer sur cet incident, lorsqu'ils remplacent les juges de commerce. Voilà ce qu'on peut dire pour la négative de la question que nous venons de poser.

Mais si l'on considère (voy. *Quest.* 1487) que les tribunaux civils tiennent la place des tribunaux de commerce, et doivent instruire et juger suivant les règles qui régissent spécialement ceux-ci; que, d'ailleurs, d'après l'article 420, une partie peut devenir justiciable d'un tribunal civil, remplaçant un tribunal de commerce, tandis qu'elle n'aurait pu être jugée que par un autre tribunal civil, si la matière n'avait pas été commerciale, on reconnaîtra sans doute que l'art. 427 doit recevoir son application dans l'espèce de notre question. (*Voy.* Pardessus, n° 1373.) Il en serait ici comme du juge de paix, qui ne peut, sur une citation en

---

(1) Au reste, notre opinion est surabondamment prouvée par l'arrêt de la cour de cass. du 19 mars 1817 (Sirey, t. 17, p. 169; Dalloz, t. 4, p. 271), rendu dans l'affaire Reigner contre Michel, lequel décide que, si les tribunaux de commerce sont tenus, par l'art. 427, de renvoyer devant les juges civils pour la vérification de l'écriture et de la signature, lorsque le sort de la contestation tient à cette vérification, il n'en est pas de même lorsque indépendamment, et abstraction faite de toute vérification, l'instruction démontre le vice essentiel et la nullité des traites, il suffit donc, pour que leur jugement soit valablement rendu au fond, qu'il ne soit fondé sur aucun motif qui s'applique à la contestation d'écriture ou au faux, mais, comme nous l'avons dit sur la question précédente, d'après Pardessus, n° 1373, sur des moyens de dol et de fraude.

conciliation, prononcer *comme juge*; s'il reconnaît que l'affaire devait lui être soumise en cette dernière qualité; il en serait encore comme d'un tribunal correctionnel, qui ne peut statuer sur une question qu'il jugerait devoir rentrer dans la juridiction qu'il exerce comme tribunal civil, et *vice versâ*.

Il en serait de même des contestations sur la qualité des personnes, dans le cas de l'art. 426. (Voy. *Prat.*, t. 2, p. 466) (1).

[Une raison sans réplique, que Boitard, t. 2, p. 132, donne à l'appui de la solution de Carré, c'est que les tribunaux civils, jugeant commercialement, n'ont pas à leur audience d'officier du ministère public, que les parties n'y sont pas représentées par des avoués, deux circonstances indispensables pour le jugement des incidents dont parle l'art. 427. Le renvoi est donc nécessaire pour que le tribunal soit compétemment constitué. Pardessus, n° 1373, est du même avis.]

Art. 428. Le tribunal pourra, dans tous les cas, ordonner, même d'office, que les parties seront entendues en personne à l'audience ou dans la chambre, et, s'il y a empêchement légitime, commettre un des juges ou même un juge de paix pour les entendre, lequel dressera procès-verbal de leurs déclarations.

Ordonn. de 1667, tit. XVI, art. 4. — C. proc., art. 119, 324 et suiv., 330. — [Locré, t. 9, p. 247, n° 216.] — (*Voy.* FORMULE 91.)

CCCLIV. Les motifs de l'art. 428 sont les mêmes que ceux que nous avons donnés à l'article 119 (voy. *suprà*, *Quest.* 500); mais la faculté d'ordonner la comparution personnelle des parties devait être particulièrement accordée aux tribunaux de commerce, puisqu'il est dans le vœu de la loi, suffisamment manifesté par les art. 414 et 421, que les parties s'expliquent par elles-mêmes dans ces tribunaux, et que, d'ailleurs, le plus grand nombre des affaires qui y sont portées gisent en faits sur lesquels les juges peuvent avoir le plus souvent besoin de recevoir des explications de la bouche des parties elles-mêmes.

1530. *Comment doit-on entendre, dans cet article, les mots* EMPÊCHEMENT LÉGITIME?

La loi n'a point entendu restreindre l'empêchement légitime au cas où la partie serait empêchée par maladie ou autrement, et exclure celui où elle serait éloignée. Ces termes de l'article, par leur généralité, constituent le juge arbitre des causes d'empêchement, et dès lors, ils le laissent maître d'avoir égard à l'éloignement aussi bien qu'à la maladie. (Locré, *Esp. du C. de Comm.*, t. 7, p. 116 et 117, et *Esp. du C. de proc.*, t. 2, p. 155.)

[Nous adhérons à cette solution, avec Thomine, n° 473, quoique Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 722, semble restreindre le cas d'empêchement légitime à ceux de maladie et de détention.]

1531. *Le défaut de comparution en personne de l'une des parties devant un tribunal de commerce emporte-t-il, lorsque cette comparution a été ordonnée par jugement,* L'AVÉRATION *des faits allégués par l'autre partie?*

La cour de cass. a jugé l'affirmative de cette question, par arrêt du 15 fév. 1812 (Sirey, t. 12, p. 241), attendu que, si l'art. 428, Code proc., ne porte pas en termes exprès l'affirmative de cette question, elle en est du moins une conséquence nécessaire, qui, d'ailleurs, se trouve écrite dans l'art. 330 du même Code.

Ainsi, la comparution ordonnée conformément à l'art. 428 produit à peu près le même effet, dans les tribunaux de commerce, que l'interrogatoire sur faits et articles; mais la comparution peut être ordonnée d'office, tandis que l'interrogatoire ne peut l'être que sur la demande d'une partie. (V. *Quest.* de Lepage, p. 285; Pardessus, n° 1374.)

[C'est aussi l'avis de Berriat, *h. t.*, note 8, et de Thomine, n° 473. (*V.* notre opinion, sur l'article 119, t. 1, p. 422, *Quest.* 502 *bis*.)]

[1531 bis. *Les tribunaux de commerce n'ont-ils pas un pouvoir discrétionnaire pour ordonner les mesures d'instruction qui leur paraissent utiles?*

Oui : ils peuvent par conséquent ordonner l'interrogatoire sur faits et articles (Rouen, 18 mars 1828, et Nîmes, 4 mai 1829; Sirey, t. 30, p. 308); admettre, sur la cause d'une lettre de change, le serment supplétif, la preuve testimoniale (cass., 2 juin 1810); se déterminer, par des présomptions graves, précises et concordantes, sur la réalité de la fourniture d'une valeur de la part de celui qui en réclame le montant (Rennes, 10 juin 1814); ordonner ou refuser l'apport des livres et journaux de commerce (Colmar, 25 mai 1808; Dalloz, t. 12, p. 215; Sirey, t. 8, p. 334; Rennes, 7 mai 1816; Dalloz, t. 20, p. 501; Bordeaux, 8 avril 1826; et cass., 18 déc. 1828; Sirey, t. 30,

(1) Mais, si l'exception était opposée sur l'appel, il nous paraît certain que la cour jugerait l'incident, parce qu'elle a la plénitude de la juridiction. (Voy. Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 512.)

[Et parce que d'ailleurs elle juge, même commercialement, avec l'assistance du ministère public et celle des avoués.]

p. 112), lequel apport doit avoir lieu aux frais avancés de celui qui le réclame. (Rennes, 8 fév. 1813.) Ils peuvent, s'ils n'ont aucun doute, admettre ou rejeter, suivant qu'ils le jugent convenable, la preuve testimoniale. (Rennes, 2 déc. 1815. — V. *infrà, Quest.* 1539 *ter.*)]

1532. *Le jugement du tribunal de commerce qui ordonne la comparution d'une partie à l'audience est-il préparatoire ou interlocutoire?*

Nous avons dit, sur la *Quest.* 501, t. 1, p. 421, qu'un tel jugement, rendu par un tribunal civil, d'après l'art. 119, était préparatoire. Nous remarquerons que la même solution convient à celui que rendrait un tribunal de commerce, aux termes de l'art. 428. (Colmar, 6 déc. 1809; Dalloz, t. 18, p. 465.)

On ne pourrait donc appeler de ce jugement qu'après le jugement définitif, et conjointement. (Art. 451.)

[Sous les art. 451 et 452, nous nous expliquerons sur les jugements préparatoires, interlocutoires et définitifs.]

Art. 429. S'il y a lieu à renvoyer les parties devant les arbitres, pour examen des comptes, pièces et registres, il sera nommé un ou trois arbitres pour entendre les parties, et les concilier, si faire se peut, sinon donner leur avis (1).

S'il y a lieu à visite ou estimation d'ouvrages ou marchandises, il sera nommé un ou trois experts.

Les arbitres et les experts seront nommés d'office par le tribunal, à moins que les parties n'en conviennent à l'audience.

Tarif, 29.—[Tar. rais., nº 224.] — Ordonn. de 1667, tit. XVI, art. 3, et *suprà* le titre des *Rapports d'experts*.—C. comm., art. 52 et suiv. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. III, tit. Ier, art. 309, nº CXCIX, et *Q.* 374, et liv. V, tit. IV, chap. 2, art. 388, *Q.* 521.—Locré, t. 9, p. 302, nº 66.] — (*Voy.* Formule 262.)

CCCLV. Par cet article, le Code a consacré et généralisé un usage autrefois suivi à Paris, et qui, par ses salutaires effets, a réalisé l'attente du législateur. L'utilité de cette espèce de tribunal de famille, dont il autorise la formation, se fait mieux sentir, disait le rapporteur de la loi, qu'elle ne peut s'expliquer; et, s'il n'en résulte pas toujours une heureuse conciliation, du moins l'avis des arbitres a-t-il l'avantage de réduire les débats à leurs véritables termes, et d'en faciliter la décision pour ceux à qui seuls la loi l'a confiée.

[Le 25 flor. an IX (Sirey, t. 1, p. 664), la cour de cass. a jugé que ce mode de procéder était également autorisé sous l'empire de la loi du 9 vent. an IV, prohibitive des arbitrages forcés, puisqu'il ne s'agit pas ici d'un arbitrage proprement dit, les commissaires n'étant pas appelés à porter des jugements.]

1533. *La faculté d'ordonner un renvoi devant arbitres ou devant experts, dans les cas prévus par l'art.* 429, *est-elle particulière aux tribunaux de commerce?*

Suivant Lepage, *Questions*, p. 283, les tribunaux ordinaires pourraient user de la même faculté, même dans les affaires ordinaires; mais Merlin, vº *Arbitrage*, nº 47, dit le contraire. Cette question a été agitée en 1810, devant la cour de Rennes; mais il ne fut pas nécessaire de la résoudre.

Nous faisions observer à son sujet, dans le *Journal* de cette cour, t. 1, p. 486, qu'autrefois l'usage était conforme à l'opinion de Lepage (*voy.* Pigeau, *Tr. de la Proc. du Châtelet*, t. 1, p. 247), et que cet usage pouvait présenter des avantages; mais que le Code ne l'ayant pas consacré, il se trouve abrogé non-seulement par le silence du législateur, mais encore par la disposition de l'art. 1041, etc. Aussi, remarquions-nous que Pigeau, qui, dans son nouveau Traité, a conservé tout ce que le premier pouvait contenir d'applicable sous l'empire du Code actuel, a supprimé ce qu'il y avait dit relativement aux renvois dont il s'agit. (Riom, 27 juill. 1809.)

[Cet arrêt a décidé que les tribunaux civils ne pouvaient donner à des arbitres, devant lesquels ils renvoient les parties pour se régler et pour faire examen de comptes, livres et registres, le droit de prononcer eux-mêmes sur la contestation : certes, ce point ne pouvait offrir de difficulté; car il n'appartient qu'aux législateurs de donner à qui que ce soit le pouvoir de juger les citoyens. Mais, par cette décision, la cour de Riom semble avoir implicitement reconnu que, du moins, les tribunaux civils pouvaient, comme les tribunaux de commerce, renvoyer les parties devant des arbitres conciliateurs, tels que ceux dont parle l'art. 429.

Or, c'est là une erreur; un pareil mode d'instruction n'est ni usité, ni permis devant les tribunaux ordinaires.

Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 421, atteste que le projet du Code de procédure proposait, avant tout, par les art. 189, 190, 191, le renvoi devant arbitres pour concilier les parties, sinon donner leur avis; mais qu'à la révision au con-

(1) [*Lorsqu'un tribunal de commerce a renvoyé les parties devant les arbitres pour examen de comptes, elles ont chacune le droit de prendre connaissance du rapport que les arbitres ont rédigé de leurs opérations. (Bruxelles, 18 avril 1816; J. de B., 1816, 1re, p. 275.)]

seil on supprima ce renvoi pour les affaires civiles. Il déplore amèrement cette suppression qu'il accuse d'avoir tari la source de beaucoup de bons effets. Nous ne partageons pas cette opinion du savant rédacteur du Code de procédure : toujours est-il que l'intention du législateur ne peut être révoquée en doute. Il n'a pas voulu rendre commun aux matières civiles le renvoi devant arbitres autorisé par l'art. 429 pour les matières commerciales.

C'est aussi ce que fait remarquer Boitard, t. 2, p. 133. Thomine, n° 474, parle bien de l'habitude où sont certains tribunaux de renvoyer les parties pour conférer devant les avoués ou dans les cabinets des avocats ; mais ce n'est là qu'un procédé extralégal, tout à fait amiable, dont il ne reste pas de trace, qui ne donne lieu à aucune procédure, et qui n'a rien de commun avec la mesure introduite par l'art. 429.]

[**1533 bis.** ***Un tribunal de commerce pourrait-il nommer des arbitres dans d'autres cas que ceux mentionnés en l'article* 429 ?**

Nous ne croyons pas que cet article soit limitatif; les motifs de célérité et d'espoir de conciliation qui l'ont dicté, s'étendent à toute autre espèce d'affaires que celles qu'il désigne spécialement. Cette solution ne fait aucune difficulté dans l'usage ; les tribunaux de commerce usent, presque dans toutes les causes, de la faculté que leur accorde l'art. 429, et cela est conforme à l'avis de Carré, *Compét., Quest.* 374.

Il est pourtant des opérations si exclusivement placées dans les attributions des magistrats, que ceux-ci ne pourraient s'en dessaisir pour les confier à des particuliers. Nous pensons que les tribunaux de commerce ne pourraient, par exemple, déléguer ces arbitres pour entendre des témoins. Ce serait, a dit la cour de Toulouse, dans son arrêt du 16 juill. 1827 (Sirey, t. 28, p. 198), enlever aux justiciables absents toutes les garanties que leur offrent les formalités prescrites par la loi et l'autorité du juge. Les termes de l'art. 429 ne supposent pas d'ailleurs d'autre pouvoir aux arbitres que celui d'entendre les parties et de les concilier, si faire se peut, sinon de donner leur avis.]

1534. ***Peut-il y avoir lieu à d'autres expertises que celles mentionnées dans la seconde disposition de l'art.* 429 ?**

Il n'est pas impossible, dit Pardessus, n° 1373, qu'il y ait lieu à une sorte d'expertise que l'immense étendue des relations commerciales peut nécessiter. Par exemple, un effet de commerce se trouvant revêtu d'endossements en une langue, et quelquefois même en caractères étrangers, il peut être nécessaire d'en ordonner la traduction. Une opération de ce genre n'a rien de commun avec la vérification d'écritures et de signatures, dont le renvoi doit être ordonné, conformément à l'art. 427, et, par conséquent, le tribunal de commerce peut en connaître.

[Il y aura lieu de nommer des experts, dit avec raison Thomine, n° 474, toutes les fois que le tribunal aura besoin de recourir aux lumières de gens spécialement connaisseurs, en ce qui concerne l'objet du différend.]

1535. ***Quelles sont les formalités à suivre pour les arbitrages et les expertises dont il s'agit en l'art.* 429 ?**

Les arbitres dont il est parlé en l'art. 429 sont très-improprement qualifiés par ce titre, puisqu'ils ne sont chargés que d'entendre les parties, les concilier, si faire se peut, sinon donner leur avis (1). On ne doit donc les considérer que comme des experts, et, en conséquence, nous estimons que l'on doit appliquer, relativement à eux et aux experts nommés conformément à l'article précité, les règles tracées aux art. 302 et suivants. Il n'y a de différence qu'en ce que les parties sont tenues de nommer sur-le-champ, et à l'audience même, ces *arbitres* ou ces *rapporteurs experts*, s'il leur plaît d'en choisir. (*Voy.* Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 514, et Pardessus, n° 1373) (2).

Il suit de là : 1° que ce ne sont point les art. 304, 305 et 306, qui règlent le mode de nomination dans les tribunaux de commerce, et qu'il n'y a ni signification, ni délai, ni nomination au greffe. (Locré, *Esprit du C. de proc.*, t. 2, p. 168.)

[Le tribunal doit donc toujours nommer les experts d'office, par le jugement qui ordonne l'expertise (Bordeaux, 25 janv. 1831 ; Sirey, t. 31, p. 218) ; mais il ne peut le faire qu'autant que les parties n'en conviennent pas à l'audience. (Orléans, 28 août 1824 ; Dalloz, t. 14, p. 362.) Cette nomination n'est pas conditionnelle, comme l'enseigne Thomine, n° 474.

2° Que les tribunaux de commerce ne sont pas obligés de prendre le consentement des parties, pour ordonner que l'expertise sera faite par un expert unique. (Locré, *ibid.*, p. 165.)

[Aussi a-t-il été jugé qu'en exécution de

(1) [Dans l'usage de plusieurs tribunaux de commerce, ils sont nommés *commissaires*.]

(2) Mais il est entendu que les parties peuvent demander acte au tribunal de la déclaration qu'elles feraient en commun de dispenser les arbitres ou experts de certaines formalités qui entraîneraient ou des lenteurs ou des frais. (*Voy.* Demiau, p. 310.) C'est toujours en vertu d'une sommation que les parties sont appelées devant eux. (Voy. *Tarif*, art. 29.)

l'art. 106, Code comm., le président du tribunal de commerce, ou, à son défaut, le plus ancien juge, ou enfin le juge de paix, peut ne nommer qu'un seul expert, lequel doit être assermenté devant un juge, et non devant le greffier. (Rennes, 17 août 1812, Rouen, 10 déc. 1826, Lyon, 27 août 1828, Sirey, t. 29, p. 190, et Colmar, 24 déc. 1833, Sirey, t. 34, p. 649.)

La nomination d'office ayant lieu toutes les fois que les parties ne *conviennent pas*, c'est-à-dire ne s'accordent pas à l'audience même, sur le choix de tous les experts, il en résulte que le tribunal doit nommer d'office :

1° Lorsque ni l'une ni l'autre partie ne comparaissent; 2° lorsque, toutes comparaissant, l'une et l'autre ou une seule refuse l'expert produit par son adversaire (Locré, *Esp. du Code de proc.*, p. 165); 3° lorsque l'une des parties fait défaut.

Dans ces deux derniers cas, le tribunal ne nomme pas seulement pour la partie qui fait défaut ou qui refuse, il nomme pour toutes les deux, attendu que, par le fait, il est impossible que les parties conviennent de leurs experts ou de leurs arbitres. (Rouen, 10 sept. 1813; Sirey, t. 15, p. 118; Locré, *ibid.*, p. 169 et 170.)

Au reste, la partie qui se fait représenter par un fondé de pouvoir, peut très-bien donner à son mandataire l'autorisation de convenir d'experts, s'il y a lieu. (Locré, *ibid.*)

Il est en outre à remarquer que la nomination d'office doit toujours être faite par le jugement qui ordonne l'expertise, conformément à l'art. 305. (Locré, *ibid.*)

[D'après Pardessus, n° 1373, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 723, Thomine, n° 474, et Favard, t. 5, p. 716, n° 11, on doit suivre, pour les rapports d'arbitres ou d'experts, les règles tracées pour les expertises qui se font devant les tribunaux ordinaires, en tant néanmoins qu'elles sont conciliables avec l'organisation particulière aux tribunaux de commerce.

Il faut observer notamment celles qui tendent à mettre toutes les parties en état de connaître l'époque de l'expertise. (Nîmes, 3 janv. 1820; Sirey, t. 20, p. 98.)

Il est nécessaire que l'expert prête serment (Orléans, 28 août 1824; Dalloz, t. 14, p. 562); à moins qu'il ne soit courtier juré (Rennes, 17 août 1822); et que l'expertise soit faite par un ou trois experts, afin d'éviter le partage et le recours au tribunal pour nommer un expert répartiteur. (Besançon, 19 déc. 1812.)

Quant aux arbitres, les mêmes règles doivent aussi leur être appliquées, sauf quelques exceptions. (*Voir* la *Quest.* 1536.) Lorsqu'ils sont nommés pour le règlement d'un compte, ils doivent, suivant un arrêt de la cour de Rennes du 10 déc. 1813, référer dans leur avis les débats qui ont eu lieu entre les parties sur ce compte, afin que le tribunal soit suffisamment éclairé.]

1536. ***Mais les arbitres doivent-ils prêter serment comme les experts?***

Pardessus, n° 1373, et Locré, *Esprit du C. de proc.*, t. 2, p. 160 et 161, estiment que les arbitres ne sont pas, comme les experts, assujettis au serment, et cette différence résulte, en effet, de celle qui existe entre leurs fonctions respectives. A la vérité, les arbitres ont cela de commun avec les experts, que les uns et les autres n'émettent qu'une simple opinion. Mais l'opinion des arbitres repose, ou sur des raisonnements dont il est possible aux juges d'apprécier la force, ou sur des pièces qui sont sous les yeux du tribunal. Celle des experts, au contraire, est fondée sur des faits qu'ils *attestent* et que les juges ne sont pas à portée de vérifier, circonstance qui, jusqu'à un certain point, donne au rapport le caractère d'un témoignage dont la fidélité doit être garantie par la religion du serment (1).

[Cette décision nous paraît conforme à l'esprit de la loi.]

1537. ***La règle d'après laquelle le tribunal doit nommer les arbitres d'office, lorsque les parties ne s'accordent pas, reçoit-elle son application au cas d'arbitrage forcé en matière de société commerciale?***

Deux arrêts de la cour de cass. des 5 juin 1815 et 9 avril 1816 (Sirey, t. 15, p. 384; t. 17, p. 155), ont consacré la négative, par le motif que l'art. 429 ne dispose que pour des arbitres *examinateurs*, et non pour des *juges*. Ainsi lorsque, parmi les associés, les uns nomment leurs arbitres, tandis que les autres déclarent ne vouloir pas en nommer, le tribunal n'a point à en nommer trois : la nomination faite par l'une des parties doit avoir son effet. (*V.* Code de comm., art. 55.)

[Nous adhérons aussi à cette décision (Lyon, 21 avril 1823, Dalloz, t. 2, p. 288, Sirey, t. 23, p. 257, 28 août 1824, Sirey, t. 25, p. 56, et 4 juill. 1825), conforme à la doctrine de tous les auteurs.]

ART. 430. La récusation ne pourra être proposée que dans les trois jours de la nomination.

---

(1) Les arbitres ne peuvent concourir à la délibération du tribunal, et il y aurait nullité du jugement s'ils avaient été appelés, ne fût-ce que pour être présents au délibéré, et non pour donner leur avis. (Rennes, 6 sept. 1815.)

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 506, nos 58 et 59.] — C. proc., art. 308 et suiv.]

CCCLVI. Il s'agit ici de la récusation, tant des arbitres que des experts qui seraient nommés d'office, conformément à l'article précédent. Une partie, comme nous l'avons dit au commentaire de l'art. 308, ne peut, en effet, être admise à récuser un arbitre ou un expert, sur le choix duquel elle serait tombée d'accord avec son adversaire ; mais il ne faut pas perdre de vue ce que nous avons dit sur l'art. 309, et notamment au commentaire de cet article, pour le cas où le jugement qui nomme des experts a été rendu par défaut. Alors le délai fixé par l'art. 430 ne courrait que du jour de la signification du jugement, comme celui que détermine l'art. 309.

[Au reste, ce délai est fatal. (Rennes, 4 fév. 1818; Dalloz, t. 14, p. 335.)]

1538. *Contre quels experts, pour quelle cause, dans quelle forme la récusation peut-elle être proposée et doit-elle être jugée, et quels seraient les effets du jugement qui la rejetterait ou l'admettrait?*

Cette question dérive de ce que l'art. 430 se borne à fixer le délai dans lequel la récusation sera exercée; mais Locré (*Esprit du C. de proc.*, t. 2, p. 171, et du *C. de comm.*, t. 9, p. 430) estime que l'article se réfère aux articles 309 à 314, dont il est nécessaire d'en rapprocher les dispositions, en indiquant celles qui conviennent aux tribunaux de commerce, et celles qui ne peuvent pas être adaptées à cette institution. Mais aucune ne nous semble incompatible avec elle, si ce n'est que les actes qui dans les tribunaux ordinaires seraient signifiés d'avoué à avoué, doivent l'être par exploit au domicile élu, conformément à l'article 322. Ainsi, voy. *suprà* les questions résolues sur ces articles.

Du reste, toutes les autres dispositions du Code, au titre *des Expertises,* art. 316 à 323, s'appliquent également aux matières de commerce. (Locré, *Esprit du Code de comm.*, t. 9, p. 437, 456, et *suprà,* nos questions sur les art. 316 et 323.)

[Nous partageons cet avis, avec Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 723, Demiau, p. 310, et Thomine, no 474.]

Art. 431. Le rapport des arbitres et experts sera déposé au greffe du tribunal.

[Tar. rais., no 238.] — Ordonn. de 1667, tit. XVI, art. 3. — C. proc., art. 319. — C. comm., art. 61.] — — (*Voy.* Formule 276.)

CCCLVII. Il est évident, d'après cette disposition, que l'on doit se conformer, concernant le rapport des arbitres et des experts, aux dispositions de l'art. 319 ci-dessus, et qu'ainsi, après le dépôt de ce rapport au greffe, la partie la plus diligente en lève une expédition, qu'elle signifie à l'autre, avec sommation de comparaître à la prochaine audience pour plaider et avoir jugement.

1539. *Peut-on se dispenser d'expédier et de signifier le rapport?*

Il est, dit Demiau, p. 311, des tribunaux où l'on ne fait ni expédier ni signifier le rapport; mais on dénonce seulement qu'il est déposé, afin que la partie aille en prendre lecture, si bon lui semble, et on la somme de se trouver à la prochaine audience, pour en entendre la lecture et voir procéder au jugement définitif. La loi, ajoute-t-il, ne prescrivant aucune formalité, chacun peut suivre le mode qui lui paraît le plus convenable; celui qui présente le plus d'économie doit toujours être préféré. Sans doute, mais il faut qu'il y ait sur ce point accord des deux parties. Une lecture prise au greffe, ou entendue à l'audience, ne serait pas toujours suffisante pour mettre la partie en état de discuter un rapport d'arbitres ou d'experts; elle a besoin de le méditer, et pour cela il convient qu'elle l'ait constamment sous les yeux : nous croyons donc l'obligation de signifier rigoureuse, si la partie adverse n'obtempère pas à la sommation de prendre communication au greffe.

[Devant le tribunal de commerce de Paris, le rapport n'est pas signifié; lorsqu'il est déposé, la partie la plus diligente assigne en ouverture. A l'audience, le rapport est ouvert, et le tribunal renvoie à un jour prochain, pendant lequel temps les parties peuvent prendre toute communication. La signification n'est pas sans doute de rigueur, car la partie aura à s'imputer de ne pas avoir pris une communication qui lui était offerte.

Mais ce qui est indispensable et ce que la raison même commande, c'est que la partie non poursuivante ait été mise, de quelque manière que ce soit, en position de prendre connaissance du rapport, et d'en discuter les conclusions devant le tribunal. Sans cela, le jugement qui interviendrait serait radicalement nul. (Nîmes, 5 janv. 1820; Sirey, t. 20, p. 98.)

[**1539 bis.** *Faut-il que l'avis des arbitres soit signé par chacun d'eux?*

Ce mode de procéder serait le plus régulier. Mais il se peut que la minorité des arbitres refuse de signer, soit parce que son avis n'a pas été adopté, soit pour tout autre motif. Si, dans un cas semblable, l'art. 1016, C. proc., permet de suppléer la signature de la minorité par la mention que la majorité fait de son refus, alors qu'il s'agit d'un acte aussi important qu'un jugement arbitral, à plus forte raison le même expédient serait-il valablement mis en usage pour un simple avis tel que celui dont

parlent nos art. 429 et suiv. (Brux., 22 décembre 1825; J. de B., t. 1 de 1826, p. 81.)]

Art. 432. Si le tribunal ordonne la preuve par témoins, il y sera procédé dans les formes ci-dessus prescrites pour les enquêtes sommaires (1). Néanmoins, dans les causes sujettes à appel, les dépositions seront rédigées par écrit par le greffier, et signées par le témoin; en cas de refus, mention en sera faite.

[Tar. rais., nos 199 et suiv.] — C. proc., art. 407 à 413, 782. — C. civ., art. 1341. — C. Comm., art. 509. — (*Voy*. Formules 153 et suiv.)

CCCLVIII. Toutes les enquêtes, en matière de commerce, doivent être faites sommairement. Cette instruction abrégée tient à la nature de ces matières. Aussi la loi prescrit-elle de suivre les formalités établies pour les enquêtes sommaires, en matière civile, à cette seule différence près que, dans les causes où le tribunal ne peut statuer en dernier ressort, il faut, outre les formalités qui doivent précéder et accompagner la déposition du témoin: 1° que cette déposition soit rédigée par écrit par le greffier; 2° qu'il en soit donné lecture au témoin, qui peut y faire tels changements ou additions qu'il juge convenables; 3° qu'il reçoive ensuite lecture du tout, et qu'on lui demande s'il persiste; 4° que le témoin signe sa déposition, et, s'il ne peut, ne sait ou ne veut signer, qu'il en soit fait mention.

[1539 ter. *En matière commerciale, la preuve testimoniale n'est-elle admissible que dans les cas et selon les règles établies pour les matières civiles?*

En matière commerciale, aucune limite n'est fixée aux juges pour l'admission de la preuve testimoniale. Ils peuvent l'admettre indistinctement contre et outre le contenu aux actes et pour des valeurs excédant 150 francs.

Dans des affaires qui se succèdent aussi rapidement que les négociations commerciales, on n'a pas toujours le loisir et le pouvoir de prendre d'utiles précautions pour constater les engagements; il était donc nécessaire que la loi se montrât plus facile sur les moyens de preuve.

Pothier enseignait déjà sous l'ancien droit cette doctrine, qu'aujourd'hui tous les auteurs embrassent, et que nous trouvons sanctionnée par les arrêts des cours d'Aix, 21 mai 1811, Bordeaux, 15 mars 1825 (Sirey, t. 25, p. 289), Liége, 22 janv. 1836 (J. de B., t. 2 de 1836, p. 138), et de la cour de cass., 19 juin 1810 (Sirey, t. 10, p. 318), 11 déc. 1813, 14 déc. 1827, 1er juillet 1824, 24 mars 1825 (Sirey, t. 25, p. 432), 10 et 11 juin 1835. (*Voy*. aussi les arrêts cités sur la *Quest*. 1531 *bis*.)

Mais la cour de Paris a jugé, le 25 août 1832, que ces principes ne sont pas applicables, lorsqu'il s'agit d'établir un fait duquel doit résulter la compétence du tribunal de commerce, contestée entre les parties.

On peut dire, pour justifier cette décision, que la preuve testimoniale n'est admissible, sans limites, et en dehors des règles du droit civil, que dans les matières qui sont de la compétence des tribunaux de commerce; et qu'elle ne peut l'être, par conséquent, tant que cette compétence n'est pas déterminée. Admettre à la preuve, dans cette circonstance, ne serait-ce pas, de la part du tribunal, faire dépendre sa juridiction d'une instruction souvent trompeuse? La compétence d'un juge ne peut, ajouterait-on, résulter d'une enquête, parce qu'elle se rattache à l'ordre public.

Cependant l'arrêt de la cour de Paris nous semble mal rendu. Le tribunal de commerce n'agit point en dehors de sa compétence, lorsqu'il apprécie cette même compétence; il peut donc, même pour cette question, se servir de tous les moyens d'instruction qui sont mis à sa disposition par la loi.

D'ailleurs, ou il retient la cause, ou il ne la retient pas. S'il ne la retient pas, l'on ne pourra se plaindre que des voies d'instruction commerciale aient été appliquées à une affaire civile, puisque cette affaire n'aura pas été jugée. S'il la retient, il n'aura pas excédé ses pouvoirs, puisqu'il ne se sera servi de la preuve testimoniale que pour parvenir au jugement d'une affaire qu'il aura reconnue comme étant de sa compétence.]

1540. *Les enquêtes doivent-elles être faites rigoureusement, suivant les formalités prescrites pour les affaires sommaires?*

L'action de la justice devant être, en matière commerciale, aussi prompte qu'il est possible, nous pensons qu'il est permis d'écarter toute formalité qui peut être remplacée par des moyens plus simples, également propres à atteindre le même but; mais il faut pour cela que les parties y donnent leur consentement. (Rennes, 30 août 1817; Dalloz, t. 12, p. 574. — *Voy*. Boucher, p. 81 et 82, et Demiau, p. 311.)

[Par suite du principe que les formalités ne sont pas rigoureuses, les juges peuvent ordonner subsidiairement la preuve d'autres faits que de ceux articulés; ce n'est point prescrire successivement deux enquêtes par jugement interlocutoire. (Orléans, 28 août 1823.)

(1) [* Les enquêtes ordonnées par les tribunaux de commerce doivent être tenues à l'audience, et non devant les juges-commissaires. (Brux., 17 mai 1837; J. de B., 1837, p. 361; Thomine, no 475.)]

Les parties peuvent consentir à ce que les témoins cités à une audience soient entendus en présence les uns des autres. (Orléans, 22 mars 1820.)

Et, quoique dans les causes sujettes à l'appel, le greffier doive tenir note des dépositions reçues à l'audience (Rennes, arrêt du 27 sept. 1817); il n'y a pas nullité si elles n'ont été rédigées qu'après l'audience (cass., 18 août 1806; Dalloz, t. 16, p. 13; Sirey, t. 6, p. 388); ni si elles n'ont pas été signées par les témoins. (Metz, 13 nov. 1818; Sirey, t. 20, p. 174.)

L'enquête nulle par la faute des parties peut néanmoins être recommencée. (Orléans, 30 juin 1819.)

Le tribunal satisfait au vœu de la loi en faisant droit implicitement à un moyen de reproche, c'est-à-dire, en évitant de fonder son jugement sur les dépositions du témoin reproché. (Rennes, 13 juin 1814, et Orléans, 1er avril 1814.) (1).]

Art. 433. Seront observées, dans la rédaction et l'expédition des jugements, les formes prescrites dans les art. 141 et 146, pour les tribunaux de première instance.

C. proc., art. 141, 146, 545 et suiv. — (*Voy.* Formule 112.)

CCCLIX. La seule observation à faire sur cet article, c'est que les jugements sont rédigés par les juges, sur l'assignation remise au greffier, et sans que les parties ou leurs mandataires soient tenus de déposer des qualités, puisqu'il n'y a pas d'avoué.

[Suivant l'opinion de Thomine, n° 476, et celle de Boitard, t. 2, p. 135, que nous préférons, le greffier seul serait chargé de la rédaction des qualités; celles-ci ne peuvent être faites par les avoués, puisqu'il n'en existe pas devant cette juridiction; le juge ne rédigerait que les motifs et le dispositif du jugement.

Mais il faut remarquer, avec Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 725, que, du moment que la rédaction des qualités n'appartient ni aux parties ni à leurs mandataires, elle ne peut ni leur profiter, ni leur nuire, et qu'on ne peut, par conséquent, rien induire de préjudiciable à leurs intérêts des qualités que le greffier leur aurait données, et qu'elles-mêmes n'avoueraient point.

Au surplus, quoique notre article renvoie aux art. 141 et 146, il est clair que toutes les mentions prescrites par le premier ne peuvent pas avoir lieu dans les jugements des tribunaux de commerce, puisqu'il n'y a ni avoués ni ministère public dont il faille détailler les noms et constater l'assistance.]

1541. ***Les greffiers des tribunaux de commerce, comme ceux des tribunaux civils, doivent-ils porter tous les jugements sur la feuille d'audience?***

Oui, d'après une décision du ministre de la justice du 31 oct. 1809 (Sirey, t. 10, p. 12).

Art. 434. Si le demandeur ne se présente pas, le tribunal donnera défaut, et renverra le défendeur de la demande.

Si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut, et les conclusions du demandeur seront adjugées, si elles se trouvent justes et bien vérifiées.

Ordonn. de 1669, tit. XIV, art. 4, et tit. XVI, art. 5. — C. proc., art. 149, 153, 154.

CCCLX. Le commentaire de cet article est le même que celui que nous avons donné dans l'art. 150. (*V.* t. 2, p. 13.)

1542. ***Les tribunaux de commerce peuvent-ils, avant de donner défaut, ordonner un réassigné?***

[***Doivent-ils surtout se conformer à l'article 153, C. proc.?***]

Le texte de Carré sur cette double question a été déjà imprimé dans le corps de notre *Question* 621 *quinquies*, où le lecteur trouvera aussi l'énumération de diverses autorités, et le développement de notre opinion.

Nous ajouterons seulement ici qu'elle est adoptée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 726, et Favard, v° *Jugement*, sect. 1re, § 3, n° 12. (*V.* Colmar, 20 juin 1837, et Paris, 15 fév. 1810; Sirey, t. 7, p. 1231; Dalloz, t. 5, p. 391.)

Mais Boitard, t. 2, p. 140 et suiv., insiste avec beaucoup de force pour que l'art. 153 soit déclaré inapplicable aux jugements commerciaux, et le principal argument qu'il fait valoir, c'est que sa disposition est de droit nouveau, rigoureux et exorbitant, d'où il suit qu'il ne doit pas être étendu d'un cas prévu à celui qui ne l'est pas.

Quoique de droit nouveau, la disposition dont il s'agit ne nous paraît ni rigoureuse ni exorbitante. Elle est au contraire favorable et aux intérêts de la justice, puisqu'elle évite la multiplicité et la contrariété des jugements dans une même affaire, et aux intérêts de la partie, qui n'est pas condamnée par défaut sur la première assignation. Ainsi, l'argument de Boitard n'affaiblit point les raisons qui nous ont déterminé sur la *Question* 621 *quinquies*.]

(1) [La plupart des décisions rendues sur les formalités à suivre dans les requêtes commerciales ont été analysées ou citées sur les art. 407 et suiv., relatifs aux enquêtes sommaires.]

[1542 bis. *Y a-t-il lieu, dans les matières commerciales, à la distinction des jugements par défaut, faute de comparaître et faute de conclure?*

Cette question que (*Quest.* 642, à la note, t. 2, p. 41), nous avions promis de traiter sur l'art. 434, l'ayant été par Carré sur l'art. 438, au n° 1546, on y trouvera aussi nos observations.]

ART. 435. Aucun jugement par défaut ne pourra être signifié que par un huissier commis à cet effet par le tribunal. La signification contiendra, à peine de nullité, élection de domicile dans la commune où elle se fait, si le demandeur n'y est domicilié.

Le jugement sera exécutoire un jour après la signification et jusqu'à l'opposition.

Tarif, 29. — [Tar. rais., n° 37.] — Arrêt du conseil du 24 déc. 1668. — C. proc., art. 155, 156. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. III, tit. III, chap. 2, sect. 2, art. 359, *Q.* 464.] — (*Voy.* FORMULE 361.)

CCCLXI. Le même motif qui a servi de base à la disposition semblable de l'art. 156 a dicté celle que contient l'art. 435; et ce motif, ainsi que nous l'avons dit, t. 2, p. 40, c'est de s'assurer d'une signification réelle, dont la présomption est établie par le choix du tribunal, qui ne peut être soupçonné d'avoir confié la commission à un huissier dont il ne connaîtrait pas l'exactitude et la probité (1). Quant à l'obligation d'élire domicile dans la signification du jugement, elle est fondée sur la nécessité de fournir au défaillant les moyens de prévenir l'exécution, soit par une offre réelle, faite à domicile, soit par la voie d'opposition; disposition d'autant plus juste que, suivant les termes de l'article, les jugements dont il s'agit sont exécutoires le *surlendemain* (2) de la signification, s'il n'y a offre ou opposition.

[Ce dernier motif doit aussi être assigné à la première disposition de notre article qui exige la signification par huissier commis. Il ne suffirait pas pour la justifier, de la crainte que la partie défaillante n'ait pas reçu l'assignation et qu'elle ne reçût pas davantage la copie du jugement, si un huissier de confiance n'était chargé de la lui remettre; car une semblable crainte ne peut exister, dans le cas où la partie s'est laissé condamner par défaut, faute de conclure après avoir comparu; et cependant la nécessité d'une signification par huissier commis est appliquée par notre article, tant aux jugements par défaut faute de conclure qu'à ceux qui sont rendus faute de comparaître. (*Voy.* sur la justesse de cette distinction entre les jugements par défaut des tribunaux de commerce, nos additions à la *Quest.* 1546.) La disposition doit donc avoir un motif applicable aux premiers, et ce motif, nous le trouvons, avec Thomine, n° 478, dans la promptitude avec laquelle le jugement peut être exécuté, un jour après la signification, ce qui rend d'autant plus importantes les précautions destinées à s'assurer d'une signification bien réelle; on pourrait en trouver un second dans cette circonstance que la partie, bien qu'elle ait une première fois comparu, n'a point conservé devant le tribunal de représentant légal, un avoué, à la connaissance duquel le jugement faute de plaider dût nécessairement parvenir, et ceci aurait engagé le législateur à la traiter encore sur ce point d'une manière favorable, quoiqu'elle ait à s'imputer après une première comparution d'avoir refusé de conclure ou de ne s'être pas trouvée à l'audience où le jugement a été rendu.]

1543. *Un jugement par défaut, portant condamnation au payement d'un effet de commerce, peut-il être signifié au domicile élu dans ce billet pour le payement?*

Il a été jugé par la cour de Colmar, le 20 mars 1810 (Dalloz, t. 21, p. 244 et t. 14, p. 502; Sirey, t. 10, p. 237), que la signification devait être faite au domicile réel du débiteur. Cela, lit-on dans

---

(1) Il est à remarquer, quoique notre article ne s'en explique pas, ainsi que l'a fait l'art. 156, que les tribunaux de commerce peuvent, comme les juges ordinaires, déléguer le choix de l'huissier à un tribunal voisin, s'il fallait signifier le jugement dans un lieu éloigné. Ils y sont d'ailleurs autorisés par l'art. 1035, qui accorde à tous les tribunaux indistinctement la faculté de commettre pour faire des significations ou des actes d'instruction. (*V.* Demiau, p. 313.)

[Et Thomine, n° 478. Ils peuvent aussi désigner, de leur propre autorité, un huissier exerçant dans un autre arrondissement. Cette proposition, qui ne pouvait faire l'objet d'un doute, a été sanctionnée par arrêt de la cour de Douai du 11 février 1828 (Sirey, t. 28, p. 105), et par jugement du tribunal de l'Argentière (*Gazette des Tribunaux* du 9 oct. 1829.)]

(2) Legras, p. 128, et Boucher, p. 85, disent, au contraire, que les jugements par défaut ne peuvent être exécutés que le quatrième jour après cette signification, attendu que, suivant l'art. 1033, le jour de la signification et celui de l'échéance ne doivent pas être comptés.

On remarquera sans doute que l'art. 1033 n'est pas applicable, puisque l'art. 435 porte lui-même la franchise du délai. En effet, en disposant que le jugement par défaut est exécutoire *un jour après* la signification, il exprime évidemment, comme nous l'avons dit ci-dessus, que ce jugement peut être exécuté le surlendemain, c'est-à-dire qu'il ne faut compter ni le jour de la signification, ni le lendemain, mais bien le troisième. Telle est aussi l'opinion des auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 519, de Demiau, p. 313, et de Hautefeuille, p. 242.

[Celle de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 727, et de Thomine, n° 479, et la nôtre.]

les considérants de l'arrêt, résulte évidemment de l'art. 435, qui porte qu'aucun jugement par défaut ne pourra être signifié que par un huissier commis, et que le jugement sera exécuté un jour après cette signification. Or, il est évident que, dans l'intention du législateur, une pareille signification ne pourrait avoir lieu qu'au domicile réel de la partie poursuivie, et non au domicile élu, qui souvent se trouve à une grande distance du domicile réel. La raison, ajoute-t-on, en est sensible : c'est afin que le défaillant ait une connaissance certaine du jugement qui le condamne par défaut, et qu'il soit averti qu'un jour après, l'exécution pourra avoir lieu. Par ces motifs, la cour de Colmar ayant déclaré nulle la signification faite au domicile élu, a rejeté la fin de non-recevoir résultant de ce qu'une opposition avait été formée hors du délai fixé par la loi.

[Deux autres arrêts de la cour de Colmar, l'un du 10 fév. 1809, l'autre du 17 mai 1828 (Sirey, t. 28, p. 227), ont encore consacré cette opinion que nous adoptons. (*V.*, au titre *des Jugements,* sur l'art. 147, la *Quest.* 608.)]

1544. *Si le défaillant habitait la ville où siége le tribunal de commerce, et que le demandeur, domicilié dans une autre ville, eût déjà fait élection de domicile dans la première, en exécution de l'art.* 422, *serait-il obligé de réitérer une élection dans la signification du jugement?* [*L'art.* 435 *n'est-il pas abrogé ? A quoi s'applique la nullité qu'il prononce ?*]

Nous croyons, avec Delaporte, t. 1, p. 399, que l'élection de domicile à faire dans la signification est absolument indépendante de celle qui aurait été faite sur le plumitif, en conformité de l'art. 422, parce que la disposition de l'art. 435 est absolue, et ne contient aucune exception ni modification. (*V.* aussi le Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 518 et 519.)

[C'est aussi notre avis.

Cependant l'on a prétendu que la disposition de l'art. 435, qui prescrit l'élection de domicile, était virtuellement abrogée par l'art. 643, C. comm.

Ce dernier, dit-on, en déclarant commun à la procédure commerciale l'art. 158, C. proc., d'après lequel l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution, rend par là l'élection de domicile inutile, puisque sa nécessité avait été introduite par le court délai de huitaine que l'art. 436 prescrivait pour cette opposition.

Mais, en premier lieu, ce n'est qu'à une espèce de jugements commerciaux que l'art. 158 est rendu commun (*voir* la *Quest.* 1546), et l'art. 436 demeure applicable aux autres (*voir* n° CCCLXII). En second lieu, ce n'est pas tant à cause du court délai de l'opposition qu'à raison de la promptitude de l'exécution, que l'élection de domicile avait été prescrite, comme Carré l'a fait remarquer au n° CCCLXI, et comme l'enseignent Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 727, Thomine, n° 478, et Boitard, t. 2, p. 158. Or, on ne saurait prétendre que le Code de commerce ait introduit aucune modification relative à ce dernier point. Donc, la disposition qui prescrit l'élection de domicile conserve son utilité malgré l'art. 643, Code comm., donc elle n'est pas virtuellement abrogée par cet article. (Brux., 15 mai 1811; Sirey, t. 14, p. 383.)

Il s'ensuit que l'omission de cette formalité essentielle entraînerait encore la nullité, non pas sans doute du jugement signifié, mais de l'exécution qui suivrait. En sorte que, pour les jugements qui ne sont pas susceptibles d'une exécution matérielle parce qu'ils ne prononcent aucune condamnation, tels que les jugements de défaut joint, par exemple, une semblable omission serait sans importance. Cette juste remarque a été faite par Pardessus, n° 1381, et Thomine, n° 478.]

Art. 436. L'opposition ne sera plus recevable après la huitaine du jour de la signification.

Tarif, 29. — Ordonn. de 1667, tit. XVI, art. 5 et 6, et tit. XXXV, art. 3. — Ordonn. de 1673, tit. XII et XXI. — C. proc., art. 157 et suiv. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. III, tit. IV, chap. 2, art. 394.] — (*Voy.* Formule 362.)

CCCLXII. Il existe, entre cet article, qui déclare l'opposition non recevable après la huitaine du jour de la signification, et l'art. 438, qui l'autorise jusqu'au moment de l'exécution, une contradiction formelle, que le législateur a fait disparaître, en ordonnant, par l'article 643, C. comm., que les art. 156, 158 et 159, C. proc., seraient applicables aux jugements par défaut en matière de commerce ; de manière que, sans rapporter formellement l'art. 436, le législateur l'a rendu non susceptible d'exécution, quant à sa disposition prohibitive de la faculté de former opposition après la huitaine de la signification du jugement, ainsi qu'il sera plus amplement expliqué au commentaire de l'art. 438.

[Il nous semble que la contradiction que signale Carré n'est pas réelle ; il croit voir dans l'art. 438 une disposition tendante à régler l'époque où l'opposition pourra être faite, tandis que cette disposition n'a d'autre but que de régler le mode de l'opposition.

On sait que le jugement par défaut est exécutoire un jour après la signification.

Pour concilier cette promptitude, que l'urgence habituelle des affaires commerciales nécessite, avec l'intérêt du condamné, il fallait lui faciliter les moyens d'arrêter, par une opposition, l'exécution d'un jugement quelquefois obtenu par surprise.

C'est pour cela que déjà l'art. 435 exige, de la part du demandeur, une élection de domicile dans l'acte de signification, domicile où l'opposition puisse, sans délai et sans entraves, être notifiée. C'est pour cela que l'art. 438 est venu créer une facilité de plus à l'opposant, en déclarant que son opposition, indépendamment de la forme réglée par l'article précédent (437), pourra valablement être déclarée sur le procès-verbal de l'huissier qui exécute.

Mais cela ne voulait pas dire que l'opposition pourrait avoir lieu après la huitaine fixée par l'art. 436. Il ne s'agissait pas d'étendre le délai, mais seulement d'offrir un nouveau moyen d'en profiter. Il n'y avait donc pas, croyons-nous, avec Boitard, t. 2, p. 139, antinomie entre les deux art. 436 et 438. Ce n'est donc pas pour faire disparaître cette prétendue antinomie, ce n'est pas pour abroger l'un ou l'autre ou l'un et l'autre de ces articles qu'a été portée la disposition de l'art. 643, Code comm. Celui-ci n'a pas voulu modifier la procédure tracée par le tit. XXV, pour les jugements par défaut des tribunaux de commerce, mais seulement y ajouter. L'application des art. 156, 158 et 159, C. proc., ne détruit point celle des art. 436 et 438; elle la restreint. Ces deux derniers articles devaient régir tous les jugements par défaut sans distinction; il n'en régiront plus qu'une certaine classe. (*Voir* la *Quest.* 1546.)

Notre opinion est professée par Thomine, nº 479.)

[1544 bis. *Le délai d'opposition au jugement déclaratif de faillite peut-il courir sans que ce jugement ait été signifié?*

La difficulté vient de ce que l'art. 457 de l'ancien Code de commerce, remplacé par l'article 580 du nouveau, fait courir ce délai, soit à l'égard du failli, soit à l'égard des créanciers, du jour de l'affiche qu'il prescrit. On en conclut que la signification n'est pas nécessaire.

On pourrait faire valoir, contre cette décision, les principes que nous posons à la *Quest.* 1569, pour établir que la signification d'un jugement est de droit naturel, indispensable, soit pour parvenir à son exécution, soit pour acquérir une déchéance; et qu'il faut distinguer, dans les dispositions législatives, celles qui n'ont pour but que de fixer le point de départ du délai, de celles qui déterminent les conditions essentielles pour que ce délai puisse courir. Or, dirait-on, celle de l'art. 580 appartient à la première espèce, et on ne peut en conclure qu'elle abroge la nécessité de la signification.

Mais nous croyons que ces principes ne doivent pas recevoir ici leur application. Des formes particulières et exceptionnelles ont été tracées par la loi en matière de faillite. Il n'est pas étonnant qu'elle ait voulu remplacer la signification par une affiche, moyen sans doute beaucoup moins sûr de porter le jugement à la connaissance des parties, mais moyen qui, dans beaucoup de cas, est le seul praticable; une signification spéciale ne pouvant être adressée à chacun des créanciers, que souvent on ne connaît pas.

Nous pensons donc, avec la cour de cass., 15 déc. 1830, mais contrairement à un arrêt de la cour de Riom du 4 juill. 1809 (Sirey, t. 14, p. 125), que l'art. 580, C. comm., a voulu déterminer à la fois et le point de départ du délai, et la seule condition nécessaire pour qu'il puisse courir; qu'il a voulu par conséquent supprimer la formalité de la signification.

C'est aussi l'opinion de Pardessus, nº 1110, et de Boulay-Paty, nº 53.]

Art. 437. L'opposition contiendra les moyens de l'opposant, et assignation dans le délai de la loi; elle sera signifiée au domicile élu.

Tarif, 29. — [Tar. rais., nºˢ 38 et 39.] — C. proc., art. 20, 161, 435. — (*Voy.* Formule 362.)

CCCLXIII. Les raisons de la disposition par laquelle l'art. 437 exige que toute opposition soit motivée sont les mêmes que celles qui ont dicté celle de l'art. 161. (*V.* le Comm. et les questions sur cet article.) La loi veut ici que l'opposition contienne assignation dans le délai de la loi, c'est-à-dire à un jour au moins, conformément à l'art. 416, et qu'elle soit signifiée au domicile élu dans l'exploit de notification du jugement par défaut, aux termes de l'art. 435.

1545. *Des poursuites exercées au mépris d'une opposition notifiée, mais irrégulière, sont-elles valides?*

Nous distinguerons, avec Demiau, p. 315, entre le cas où l'irrégularité proviendrait de ce qu'on n'eût pas donné assignation, ou de ce qu'on ne l'eût pas donnée à domicile, et celui où elle résulterait, soit du défaut de motifs, soit de ce qu'on ne l'eût pas assigné dans le délai. Au premier cas, les poursuites nous semblent devoir être maintenues, parce que l'opposition est de nul effet, si elle n'est pas accompagnée ou suivie d'assignation. Au second cas, nous croirions, comme Demiau, qu'il n'appartient point au poursuivant de se rendre juge des vices qu'il croit remarquer dans l'acte, et qu'il doit arrêter ses poursuites, sauf à lui à se pourvoir pour faire prononcer la nullité.

[Thomine, nº 480, refuse aussi le pouvoir d'arrêter les poursuites à l'opposition qui ne contiendrait pas les moyens. Cette décision

nous semble en effet dictée par le texte de l'art. 161 placé sous un titre aux dispositions duquel il faut toujours recourir pour compléter celles qui nous occupent. (*V.* notre opinion longuement développée *Quest.* 661.)

La cour de Bruxelles a jugé, le 27 janv. 1818 (J. de B., t. 1 de 1818, p. 190), que les moyens sont suffisamment indiqués, lorsqu'on énonce qu'on les fonde sur la nullité de l'exploit d'ajournement, sans spécifier le genre de cette nullité.]

[1545 bis. *L'opposition peut-elle être signifiée, soit au domicile réel, soit au domicile élu?*

Le doute peut naître de ces expressions de l'art. 437, C. proc. : « Elle (l'opposition) sera signifiée au domicile élu. » Une disposition aussi impérative semblerait ne pas laisser la faculté de signifier au domicile réel; d'un autre côté, l'art. 435 obligeant celui qui notifie le jugement à élire domicile pour y recevoir les significations qui y seront faites, il peut arriver que des précautions soient prises pour que ces significations soient envoyées aussitôt après leur réception, et que les mêmes précautions ne soient pas prises à l'égard du domicile réel. Cependant nous croyons, avec Poncet, n° 205, que l'opposition faite au domicile réel ne serait pas nulle, l'art. 437 ne prescrivant pas la signification exclusive au domicile élu, à peine de nullité.

Thomine, n° 480, est du même avis; mais il fait observer avec raison qu'une telle opposition, quoique valable en soi, n'arrêterait pas l'exécution, si on ne la déclarait sur les procès-verbaux, parce que l'huissier peut en ignorer l'existence.]

Art. 438. L'opposition faite à l'instant de l'exécution, par déclaration sur le procès-verbal de l'huissier, arrêtera l'exécution, à la charge, par l'opposant, de la réitérer dans les trois jours, par exploit contenant assignation, passé lequel délai elle sera censée non avenue.

[Tar. rais., n° 38.] — C. proc., art. 156, 158, 159, 162. — (*Voy.* Formule 123.)

CCCLXIV. Nous avons vu, au commentaire de l'art. 436, qu'il existait, entre cet article et celui qui précède, une opposition que le Code de commerce a fait cesser en déclarant les articles 156, 158 et 159, C. proc., applicables aux jugements par défaut, rendus en matière commerciale. Cependant, avant la publication du Code de commerce, on essayait de concilier les deux articles en décidant, comme le faisait observer Legras, p. 131, qu'il fallait absolument exécuter le jugement pendant la huitaine de la signification; mais c'était admettre un tempérament qui ne pouvait être justifié que par la nécessité d'interpréter deux dispositions contradictoires, de manière que chacune d'elles pût produire un effet. Or, cette interprétation était évidemment contraire à chacun des deux articles pris isolément, et aux vues du législateur, manifestées par l'art. 158, pour les affaires ordinaires, et qu'aucun motif raisonnable ne devait porter à considérer comme ne devant pas être les mêmes, relativement aux matières commerciales. Aussi, le législateur, sentant qu'une telle contradiction ne pouvait exister, a-t-il ramené à l'uniformité, par l'art. 643 du Code de commerce, la faculté de se pourvoir par opposition contre tout jugement par défaut rendu, soit en matière civile, soit en matière commerciale. (*V.* la quest. suiv.)

[Sur les idées exprimées ici par Carré, nous renvoyons à nos observations au commentaire de l'art. 436, n° CCCLXII, et nous faisons observer qu'on n'avait pas tort de donner aux art. 436 et 438 une interprétation contraire à l'art. 158; car le législateur, en rendant applicable cet art. 158 aux matières commerciales, par l'art. 643 du Code de commerce, a clairement manifesté qu'auparavant il ne l'était point. Il fallait donc, pour qu'il devînt commun à ces matières, une disposition spéciale qui vînt non pas abroger les art. 436 et 438, C. proc., mais restreindre leur application, ainsi que nous l'avons dit au commentaire précité. (*V.* au surplus nos observations sur la *Quest.* 1546.)]

1546. *Les art.* 156, 158 *et* 159 *sont-ils applicables à tous les jugements par défaut rendus en matière commerciale?*

Boucher, dans son *Manuel des Négociants*, p. 698, dit que ces articles ne peuvent être exécutés à la lettre, puisqu'ils font mention de la constitution d'avoué; ainsi, ajoute-t-il, au lieu de lire le mot *avoué*, il faut lire comme s'il y avait *fondé de pouvoir*.

Il résulterait de cette explication que, toutes les fois qu'un fondé de pouvoir aurait été constitué, il n'y aurait pas lieu à l'application des articles dont nous venons de parler, et que conséquemment le jugement par défaut devrait, en ce cas, être mis à exécution dans la huitaine.

Delaporte, dans son *Comm.* sur le Code de comm., t. 2, p. 430 et 431, va plus loin : il estime que les art. 156, 158 et 159 ne recevraient pas d'application dans le cas où la partie, s'étant présentée, se laisserait ensuite juger par défaut, faute de plaider.

Aucun des commentateurs du Code de procédure n'a fait ces distinctions : loin de là, Demiau, p. 314, dit formellement que tous les jugements par défaut qui sont rendus par les tribunaux de commerce se trouvent compris dans les dispositions des art. 156, 158 et 159,

attendu qu'il n'y a pas d'avoués dans ces tribunaux.

Telle est aussi notre opinion, que nous fondons, 1° sur l'art. 643, C. comm., qui n'a point distingué; 2° sur ce qu'aucune disposition du Code de procédure n'a attaché à la représentation des parties par des mandataires des effets autres que ceux que produit la comparution personnelle de celles-ci, d'où suit qu'il considère le mandataire comme la partie elle-même, et que, par suite de conséquences, les art. 156, 158 et 159, n'étant relatifs qu'aux jugements par défaut rendus contre partie, doivent être appliqués dans le cas où un mandataire a été constitué comme dans celui où la partie se présenterait elle-même. On sent d'ailleurs que la différence qui existe entre l'avoué, officier ministériel, dont la constitution est exigée par la loi, et le mandataire, qui n'a aucun caractère légal, ne permet pas, à moins d'une disposition formelle, d'appliquer au second ce qui concerne le premier. Nous devons dire cependant que l'opinion contraire a pour elle un arrêt de la cour de Turin du 14 août 1809 (Sirey, t. 10, p. 229) (1).

[Commençons par faire observer que Carré, *Quest.* 642, à la note, avait transitoirement exprimé une opinion contraire à celle qu'on vient de lire (2) : les art. 456, 458 du Code de procédure, d'une part, et l'art. 643 du Code

---

(1) Nous ferons même remarquer qu'outre cet arrêt, nous avons sous les yeux une consultation dans laquelle on maintient que le jugement par défaut, rendu après constitution d'un agréé, n'est point sujet à l'application des articles précités, attendu qu'il doit être réputé jugement faute de plaider. Dans l'espèce, un agréé s'était présenté à une première audience, et n'avait pas comparu lors de la plaidoirie de la cause. Nous estimons qu'en cette circonstance même, où la partie choisit un agréé pour mandataire, les articles ci-dessus sont applicables, et nous nous fondons sur ce qu'un agréé, ainsi que nous croyons l'avoir prouvé *suprà,* no 1516, n'a aucun caractère légal et public, et ne peut conséquemment être assimilé à un avoué. Il en est donc ici comme du cas où la partie aurait chargé toute autre personne de la représenter; le jugement rendu sur défaut de cette personne serait évidemment sujet à l'application des art. 156, 158 et 159; car il serait en effet contradictoire que la partie qui eût institué un mandataire, fût autrement traitée qu'elle ne doit l'être, lorsqu'elle ne croit pas devoir se faire représenter.

Au surplus, la distinction admise par rapport aux tribunaux ordinaires, entre les jugements faute de comparaître et les défauts faute de plaider, n'étant uniquement fondée que sur l'obligation où sont les parties de constituer avoué dans ces tribunaux, ne peut s'appliquer à ceux de commerce où la procédure se fait sans ministère d'avoué.

(2) [Cependant, sur ses cartons, Carré avait encore porté son attention sur cette question, et voici ce qu'il y avait écrit :

« Cette question est extrêmement délicate et très-controversée. On peut ajouter aux raisons dont nous avons étayé notre opinion sur la *Quest.* 1546 de nos *Lois de la proc.,* que l'art. 643 du Code de commerce, en disposant que les art. 156, 158 et 159, C. proc., relatifs aux jugements par défaut rendus par les tribunaux ordinaires, sont également applicables aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce, a omis de parler de l'art. 157, qui concerne les défauts prononcés après la constitution d'avoué; que cette omission ne doit pas être attribuée à oubli de la part du législateur, et qu'il est plus naturel d'en conclure qu'il a voulu que tel article demeurât étranger aux matières de commerce, d'après la maxime *inclusio unius, exclusio alterius;* qu'enfin l'art. 643 n'établissant aucune distinction à l'égard des différentes espèces de défaut, il n'est pas permis de suppléer à son silence.

» Il est d'ailleurs une différence qui nous semble ressortir de la nature même des fonctions que remplit l'avoué devant les tribunaux civils, et le mandataire devant les tribunaux de commerce.

» Le premier est obligé d'occuper pour son client, pendant un an, sur l'exécution du jugement qu'il a obtenu ; son mandat survit, par conséquent, à la décision même du procès.

» Le deuxième, au contraire, n'a plus de qualité, dès qu'il a comparu à l'audience pour y représenter son commettant. Ses pouvoirs cessent dès ce moment; *functus est officio.*

» Nous pensons que ces raisons, jointes à celles que nous avons données sur la *Quest.* 1546 précitée pour étayer notre système, méritent d'être prises en considération. Nous ne dissimulons pas néanmoins que la cour suprême, dont l'autorité est si importante, s'est prononcée contre notre opinion dans plusieurs arrêts récents. Il y aurait donc peut-être quelque témérité à lutter contre sa jurisprudence.

» Nous avouons même que, parmi les motifs sur lesquels elle est fondée, il en est un qui a fait sur nous une impression particulière. Il se trouve consigné dans un arrêt du 5 mai 1824, ainsi conçu :

» La cour, vu les art. 156, 158 et 436 du Code de procédure;

» Attendu que, par les art. 156 et 158, les jugements,
» faute de comparaître, sont seuls réputés non avenus,
» faute d'exécution dans les six mois de leur date, et
» sont seuls déclarés susceptibles d'opposition, depuis la
» huitaine de leur signification jusqu'à leur exécution;
» que, par conséquent, les jugements faute de plaider
» ne sont susceptibles d'aucune de ces mesures; qu'on
» ne peut y assujettir les jugements faute de plaider,
» rendus par les tribunaux de commerce, sous prétexte
» que, dans ces tribunaux, il n'y a point d'avoués,
» comme dans les tribunaux civils, mais seulement
» des agréés, qui ne présentent pas la même garantie,
» puisqu'il y a même raison en un cas que dans l'au-
» tre; *qu'en effet, si on a appliqué ces mesures*
» *aux jugements rendus contre des parties qui*
» *n'ont pas constitué d'avoué, et si on ne les a*
» *pas étendues à ceux rendus contre des parties*
» *qui en ont constitué un, c'est qu'au premier cas*
» *on a voulu prévenir les inconvénients qui au-*
» *raient lieu si les assignations n'étaient pas con-*
» *stamment parvenues aux parties assignées, ce*
» *qui peut être à craindre lorsqu'elles n'ont pas*
» *constitué d'avoué : au lieu qu'au deuxième il y*
» *a certitude qu'elles leur sont parvenues, puis-*
» *qu'elles en ont constitué un;* QU'IL EN EST ÉVIDEM-
» MENT DE MÊME DES JUGEMENTS FAUTE DE PLAIDER,
» RENDUS PAR LES TRIBUNAUX DE COMMERCE CONTRE DES
» PARTIES QUI ONT COMPARU PAR UN AGRÉÉ OU AUTRE PRO-
» CUREUR FONDÉ DE LEUR CHOIX, PUISQU'IL Y A MÊME CER-
» TITUDE QUE LES ASSIGNATIONS LEUR SONT PARVENUES,
» ET QUE C'EST LEUR FAUTE SI ELLES N'ONT PAS DÉFENDU;
» et attendu que, dans le fait, les défendeurs ont com-

de commerce, de l'autre, sont-ils donc d'une si difficile conciliation?

On soutient que le dernier de ces articles a abrogé les autres. Nous ne le pensons pas, et voici nos raisons : Le titre du Code de commerce sous lequel est placé l'art. 643 commence par ces mots : « La forme de procéder » devant les tribunaux de commerce sera suivie » telle qu'elle a été réglée par le tit. XXV du » tit. II de la première partie du C. de proc. » civ. » Ainsi, bien loin qu'il soit dans son intention d'abroger directement ou indirectement l'une des dispositions du tit. XXV, le législateur commence par les confirmer toutes d'une manière générale.

Mais l'article qui vient ensuite est-il une restriction ou bien est-il plutôt une extension à la disposition que contient le précédent? Il nous paraît qu'il est évidemment une extension.

Les jugements de défaut de tribunaux ordinaires avaient été distingués en deux classes, pour l'une desquelles le délai de l'opposition était autrement étendu que pour l'autre, et qui se distinguait surtout par la nécessité imposée au demandeur d'exécuter dans six mois, sous peine de péremption absolue, les jugements qui appartenaient à l'une de ces classes; ceux, au contraire, que rendaient les tribunaux de commerce se trouvaient régis sans distinction par une disposition unique et commune à tous, par l'art. 436; même délai d'opposition, huitaine; même délai de la force exécutoire, trente ans.

Cependant l'on remarqua qu'il n'y avait pas de raison pour traiter les défaillants, en matière commerciale, moins favorablement que ceux qui l'étaient en matière civile; et l'art. 643, C. comm., rendit applicables aux premiers les dispositions du Code de procédure relatives à la classe la plus favorisée des jugements de défaut au civil.

Mais voulut-on changer de fond en comble le système de l'art. 436, c'est-à-dire soustraire à son empire tous les jugements par défaut qu'il régissait déjà pour les faire passer tous sous l'empire des art. 156, 158, 159, qui n'avaient été originairement applicables qu'à quelques-uns? Ou bien, en ajoutant ces derniers articles aux premiers, n'avait-on pas l'intention de consacrer, pour les jugements de défaut au commerce, la même distinction que pour les jugements de défaut au civil, de les diviser, eux aussi, en deux classes, dont l'une serait régie par l'art. 436, l'autre par les articles 156, etc.?

La dernière branche de cette alternative nous paraît seule admissible; on applique *aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce les art.* 156, 158 *et* 159, relatifs aux jugements par défaut rendus par les tribunaux inférieurs; mais sans doute on n'entend les appliquer à ceux-là que dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions où ils seraient applicables à ceux-ci; autrement, que deviendrait la similitude? Rien n'annonce qu'en rappelant ces dispositions, le législateur ait voulu en changer le sens, en étendre la portée, en agrandir le cercle : il les désigne par leur numéro, il faut les prendre tels qu'ils sont sous ce numéro; et, s'il est clair, à n'en pas douter, qu'ils ne peuvent convenir, par la nature de leurs dispositions, qu'à une certaine classe de jugements par défaut, il faudrait au moins un texte formel (et il n'existe pas) pour qu'il fût permis d'en faire l'application à tous.

Or, dans quels cas les jugements par défaut des tribunaux ordinaires sont-ils régis par les art. 156, 158, 159? *Lorsqu'ils sont rendus contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué.*

Ici les adversaires de notre système insistent, et puisent un de leurs arguments principaux dans ces expressions; devant les tribunaux de commerce, disent-ils, on ne constitue pas d'avoué; donc leurs jugements de défaut sont toujours et sans distinction rendus contre une partie qui n'a pas d'avoué.

Cet argument nous touche peu.

Elle ne serait ni rationnelle, ni même raisonnable, la loi qui dirait aux parties : Je ne vous soumets aux rigueurs de l'art. 156 que lorsque vous aurez obtenu un jugement contre une partie sans avoué, mais j'interdis dans tous les cas à cette partie de constituer avoué.

Donnons donc à ces mots *constituer avoué* un sens qui soit d'accord avec les diverses positions dans lesquelles il faudra se conformer aux art. 156, 158, 159.

Puisqu'ils s'appliquent aux jugements commerciaux comme aux jugements civils, donnons-leur une interprétation qui se concilie également avec la procédure civile et avec la procédure commerciale.

Constituer avoué, ces mots ne sont-ils pas synonymes de ceux-ci : *comparaître, répondre* à l'appel de l'adversaire, *obéir à l'as-*

» paru devant le tribunal de commerce, par le ministère d'un agréé, qui a proposé, de leur ordre, un » déclinatoire dont ils ont été déboutés; que le jugement intervenu, en conséquence, sur le fond, n'a » été rendu par défaut contre eux que sur le refus fait » par ce mandataire de présenter leur défense; qu'enfin il leur fut signifié le 1er juin 1818, et qu'ils n'ont » formé leur opposition que le 14 juin 1820, c'est-à-dire après le délai de huitaine de la signification; » qu'il suit de là que ce jugement ne peut être attaqué » par opposition, ni être déclaré nul faute d'exécution, » et que l'arrêt qui juge le contraire a violé et faussement appliqué les articles précités du Code de procédure... Casse. »]

signation ? Et pourquoi? Parce que, devant les tribunaux civils, pour lesquels seuls l'article 156 avait été originairement fait, il n'y a pas d'autre moyen légal de comparaître, de répondre à l'appel, d'obéir à l'assignation, que celui de *constituer avoué.*

Ce n'est donc pas, comme le dit Carré, à la note, *in fine,* ce n'est pas directement sur l'obligation de constituer avoué que repose la distinction entre les jugements faute de comparaître et les jugements faute de conclure; c'est plutôt et d'une manière plus vraie sur la comparution elle-même dont la constitution d'avoué est le signe, signe indispensable, mais seulement devant les tribunaux civils.

Voici, d'après ces données, la traduction exacte de l'art. 156 : « Tous jugements par défaut contre une partie qui n'a pas comparu... seront exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon seront réputés non avenus. » Article 158 : « Si le jugement est rendu contre une partie *qui n'a pas comparu,* l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution. » Ainsi reparaît la distinction si logique adoptée pour les tribunaux civils; elle devient commune aux tribunaux de commerce, et il faut dire que, *si la partie a comparu,* le jugement de défaut obtenu contre elle ne devra point, sous peine de péremption, être exécuté dans les six mois, et l'opposition ne sera pas recevable jusqu'à l'exécution.

Mais, dit-on, combien de temps sera-t-elle recevable? Avec cette traduction, le délai de l'opposition ne devient-il pas impossible à fixer : car l'art. 157 le fait courir du jour de la *signification à avoué,* laquelle ne pourra pas avoir lieu?

Aussi n'est-ce point l'art. 157 qui, d'après nous, régit ce cas. De tous les articles du tit. VIII que l'art. 436 remplaçait, le Code de commerce n'a nommément excepté que les articles 156, 158, 159 (1). L'art. 157 n'y est pas compris, et voilà pourquoi l'art. 436 demeure en vigueur dans toutes ses parties, quoique l'étendue de son application soit restreinte au jugement par défaut rendu contre la partie comparante. Ce sera donc, conformément à ce dernier article, dans la huitaine de la signification à partie que l'opposition devra avoir lieu pour être recevable.

Au reste, pour fortifier encore notre doctrine, il suffit d'entrer plus avant dans l'esprit de la loi.

On le sait, on l'a dit bien souvent : la disposition exorbitante de l'art. 156 est de droit nouveau; elle a été introduite pour remédier à l'abus connu jadis sous le nom d'*exploit soufflé.* Lorsqu'une partie ne comparaît pas, ou, ce qui est la même chose, lorsqu'elle ne constitue pas avoué, lorsqu'elle se conduit, en un mot, comme si elle ignorait l'assignation, on suppose que, par l'effet de quelque fraude ou de quelque erreur, elle ne l'a pas reçue, qu'elle n'est pas avertie de la demande dirigée contre elle. On ne veut pas que, par surprise, elle soit exposée à subir l'exécution d'un jugement qu'elle n'a pas connu, qu'elle n'a pu connaître : et c'est pour cela qu'on lui réserve le droit d'opposition jusqu'au moment ou l'exécution elle-même viendra indubitablement lui révéler l'existence de ce jugement et peut-être aussi celle de l'instance (2). C'est pour cela qu'on annihile entre les mains du demandeur le jugement qu'il a négligé de faire ainsi connaître dans les six mois de son obtention.

Et d'où vient que cette conséquence n'a pas lieu lorsque le jugement est par défaut faute de conclure? Cela tient-il précisément à la présence d'un officier ministériel? Oui, sans doute, mais d'une manière indirecte et parce que cette présence est la preuve incontestable que la partie a reçu l'assignation, puisqu'elle s'est mise en devoir d'y répondre, et, par suite, toutes les présomptions fondées sur la supposition qu'elle n'était pas prévenue, toutes les précautions prises pour la mettre à l'abri d'une surprise, doivent naturellement cesser.

Et maintenant, nous le demandons, si une partie assignée devant le tribunal de commerce comparaît à une première audience ou en personne, ou par son fondé de pouvoir, ne sera-t-elle pas dans la même position que celle qui a constitué avoué devant le tribunal civil? Sera-t-il moins certain qu'elle a reçu l'assignation? Pourra-t-elle se plaindre de n'avoir pas été avertie? Et pourrons-nous admettre, lorsque, par caprice, chicane, ou dans un intérêt de stratégie judiciaire, elle aura fait défaut à la plaidoirie, qu'elle devra être traitée comme la partie que l'on surprend, qu'on veut rendre victime, qui n'a pas été mise à même de se défendre, et qu'il faut protéger contre la fraude?

Non, les lois abrogatives du droit commun ne s'étendent pas, sans une disposition expresse, même aux cas analogues pour lesquels existent les mêmes raisons de décider, encore moins si ces raisons n'existent pas.

Ainsi, concluons qu'il y a, dans les tribunaux de commerce, comme dans les tribunaux civils, des jugements par défaut faute de comparaître, et des jugements par défaut faute de

(1) [Nous n'allons pas jusqu'à soutenir qu'aucun autre article de ce titre ne soit applicable; mais c'est quand ces articles suppléent au silence du titre spécial. (Voy. *Quest.* 621 *quinq.,* 6o.)]

(2) [D'après l'art. 159, il faut un acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été *connue* de la partie défaillante.]

plaider; que les suites des premiers sont réglées par les art. 156, 158, 159 du Code de proc. civ., les suites des seconds par les art. 436, 437, 438 du même Code.

Cependant Boitard, t. 2, p. 137, qui, ne voulant pas de distinction, se jette dans une extrémité opposée, déclare que le défaut tient uniquement à la non-comparution, et que le jugement sera contradictoire si la partie comparait, encore qu'elle se retire sans conclure.

Sept arrêts consacrent le système par nous combattu, en assimilant les défauts faute de plaider, aux défauts faute de comparaître. Les six premiers sont de la cour de Paris, 22 mai 1824 (Dalloz, t. 18, p. 591), 29 juin 1825, 27 sept. 1827, 26 août 1829, 14 juillet 1835, 26 fév. 1836 (Sirey, t. 36, p. 150). Le septième est de la cour de Lyon, 30 avril 1833 (Sirey, t. 33, p. 576).

Mais ces deux cours sont en contradiction avec elles-mêmes; car elles ont consacré notre opinion, celle de Paris, par ses arrêts des 10 nov. 1825, 25 fév. et 27 déc. 1826, 9 oct. 1828, 23 janv. 1829; celle de Lyon, par son arrêt du 9 janv. 1831 (Dalloz, t. 18, p. 422; Sirey, t. 32, p. 351). A ces autorités il faut ajouter les arrêts des cours d'Orléans, 5 mars 1813 et 16 déc. 1820 (Sirey, t. 24, p. 338; Dalloz, t. 18, p. 420), de Toulouse, 8 mai 1824 (Dalloz, t. 18, p. 390), de Rouen, 26 nov. 1824, de Metz, 18 fév. 1826, de Poitiers, 28 août 1829, et du tribunal de commerce de Marseille, 19 janv. 1837.

Enfin une autorité plus imposante encore est celle de six arrêts de la cour de cassation, qui ne sont pas de simples arrêts de rejet, mais des arrêts qui cassent, sous les dates des 18 janvier 1820 (Dalloz, t. 18, p. 420; Sirey, t. 20, p. 195), 26 déc. 1821 (Sirey, t. 22, p. 174; Dalloz, t. 18, p. 422), 13 nov. 1822 (Sirey, t. 23, p. 79; Dalloz, t. 18, p. 389), 5 mai 1824 (Sirey, t. 24, p. 275; Dalloz, t. 18, p. 423), 7 nov. 1827 (Sirey, t. 28, p. 144), et 13 déc. 1838.

Les dix-neuf arrêts que nous venons d'indiquer ont tous décidé que lorsque la partie a une première fois comparu, le défaut qui intervient contre elle est un défaut faute de conclure, auquel ne s'appliquent pas les articles 156, 158; et ils en ont déduit, suivant les espèces, l'une ou l'autre de ces deux conséquences nécessaires, ou qu'il ne se périme point faute d'exécution dans les six mois de son obtention, ou qu'il ne peut être frappé d'opposition après la huitaine à dater de la signification.

Cette doctrine est embrassée par Favard, t. 3, p. 173, Thomine, n° 479, Poncet, *Traité des jugements*, t. 1, n° 204, à la note, et Reynaud, *Traité de la péremption*, n° 140.]

[1546 bis. *L'opposition déclarée sur le procès-verbal de l'huissier doit-elle être réitérée dans les trois jours ou seulement dans la huitaine? Quel est l'effet du défaut de réitération?*

Nous l'avons déjà dit n° CCCLXII, et *Quest.* 1546, la disposition de l'art. 438 n'a jamais eu pour but de fixer un délai d'opposition différent de celui de l'art. 436, mais seulement d'indiquer une forme plus facile.

L'art. 643, C. comm., en déclarant les articles 156, 158, 159 applicables aux jugements rendus par les tribunaux de commerce, n'a changé que le délai d'opposition aux jugements faute de comparaître, délai qui depuis a dû s'étendre jusqu'au premier acte d'exécution; mais puisqu'il n'a pas rappelé aussi l'article 162 qui accorde huitaine pour renouveler l'opposition faite sur les procès-verbaux, il faut en conclure qu'il a laissé subsister, même à l'égard des jugements faute de comparaître, la règle de l'art. 438, et qu'en un mot l'opposition faite sur le procès-verbal cesse de produire ses effets, si elle n'est pas réitérée dans les trois jours, soit qu'elle provienne d'une partie qui avait comparu, soit qu'il s'agisse de celle qui ne s'était point présentée.

Et cela devait être, car, en matière commerciale, la célérité est de principe; déjà nous avons vu que l'exécution du jugement n'est suspendue que pendant un jour dans l'attente de l'opposition (art. 435), il ne fallait pas que l'annonce d'une opposition à former la suspendît pendant huitaine: tout ici doit être plus prompt. La partie condamnée n'ignore d'ailleurs plus le jugement, puisqu'elle s'est personnellement opposée à son exécution.

Thomine, n° 480, professe cette doctrine que la jurisprudence a aussi consacrée par les arrêts des cours de Nîmes, 9 août 1819 (Sirey, t. 20, p. 263; Dalloz, t. 18, p. 400), Lyon, 28 fév. 1825, 30 nov. 1830, et Paris, 24 août 1831 (Sirey, t. 32, p. 300); dans l'espèce jugée par la cour de Nîmes, il s'agissait même d'opposition à un arrêt en matière commerciale.

Mais quel est l'effet du défaut de réitération dans les trois jours? Rend-il le défaillant irrecevable à former une nouvelle opposition, s'il se trouve encore dans les délais? Non: il s'ensuit seulement que l'exécution, interrompue par la déclaration sur le procès-verbal, peut légitimement reprendre son cours.

Mais l'opposition sera encore recevable, soit qu'on la forme par exploit dans le cas d'un défaut faute de plaider, la huitaine n'étant pas encore expirée, soit qu'on la forme plus tard sur un nouveau procès-verbal dans le cas d'un défaut faute de comparaître, l'exécution n'étant pas encore commencée. (Rennes, 10 janv. 1816; Dalloz, t. 18, p. 395, et 6 janv. 1836; Metz, 8 mai 1824; Dalloz, t. 18, p. 399.)

Au reste, cette question assez controversée se présente aussi en matière civile, et nous l'avons traitée sous les nos 681, 682, 692 *bis*, t. 2, p. 133 et suiv. et 144.]

[1546 ter. ***Mais s'il a été fait, depuis l'opposition, sur le procès-verbal, un acte d'exécution, le condamné qui serait encore dans la huitaine pourrait-il formuler encore une autre opposition par exploit?***

La cour de Paris a jugé l'affirmative, le 5 oct. 1815 (Dalloz, t. 18, p. 588), sous prétexte que l'art. 158 ne tend pas à restreindre, mais au contraire tend à augmenter le délai fixé par l'art 436; d'où il suivrait qu'on ne doit prendre le premier à la lettre, et considérer l'acte d'exécution comme le terme du délai qu'autant qu'il est fait après l'expiration de la huitaine, mais qu'il ne doit point enlever par anticipation le bénéfice de cette huitaine lorsqu'il a lieu pendant sa durée.

Nous ne pouvons adopter ce système. Une opposition nous paraît irrecevable après un acte d'exécution consommé. Nous l'avons déjà dit avec Carré, sous le n° 662, t. 2, p. 62, à l'occasion d'une question analogue; nous y renvoyons le lecteur.]

[1546 quater. *Les jugements de défaut déclaratifs de faillite sont-ils aussi régis par les art.* 156, 158, 159?

L'affirmative résulte de deux arrêts, l'un de la cour cass. du 26 fév. 1834 (Sirey, t. 35, p. 222), l'autre de la cour de Paris du 6 déc. 1838, qui ont déclaré de pareils jugements périmés faute d'exécution dans les six mois. L'article 643 étant formel et aucune loi ne signalant d'exception, nous avons peine à concevoir que la solution contraire ait été adoptée par arrêt de la cour de Metz du 30 mars 1833 que le rédacteur du *J. P.* signale dans son annotation sur l'arrêt de la cour suprême.]

[1546 quinquies. ***Les jugements de défaut rendus faute de comparaître avant la promulgation du Code de commerce, sont-ils soumis à la péremption faute d'exécution dans les six mois qui ont suivi cette promulgation?***

Non : la loi n'a point d'effet rétroactif, et c'eût été lui en donner un que d'enlever en son nom aux jugements déjà rendus, le caractère de chose irrévocablement jugée qu'ils avaient acquis avant sa promulgation. C'est ce qu'ont jugé les cours de Bordeaux, le 26 janv. 1811 (Sirey, t. 11, p. 263; Dalloz, t. 18, p. 419), de Turin, le 19 mars 1811 (Dalloz, t. 18, p. 418), et la cour de cass., le 2 août 1815. Par la même raison, la cour de Metz a déclaré le 21 juin 1822, non susceptibles de la péremption de six mois, les jugements émanés des tribunaux civils avant la promulgation du Code de procédure.

Ainsi donc, s'il n'est pas douteux, comme l'a jugé la cour de Paris, le 10 mars 1812 (Dalloz, t. 18, p. 418), que les jugements des tribunaux de commerce ne soient, conformément à l'article 643, soumis aux dispositions des articles 156, 158, 159, cela ne doit s'entendre néanmoins que de ceux qui ont été rendus depuis le 1er janv. 1808.]

ART. 439. Les tribunaux de commerce pourront ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, nonobstant l'appel, et sans caution, lorsqu'il y aura titre non attaqué ou condamnation précédente; dont il n'y aura pas d'appel : dans les autres cas, l'exécution provisoire n'aura lieu qu'à la charge de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante (1).

Tarif, 29. — Loi du 16 août 1790, tit. XII, art. 4. — C. proc., art. 135 et suiv., 449, 459. — [Locré, t. 9, p. 302, n° 67 (2).]

CCCLXV. Cet article est une conséquence de cette vérité, que le négociant ne peut presque jamais offrir de meilleure preuve de sa solvabilité, que la renommée dont il jouit parmi ceux avec lesquels il exerce sa profession; qu'en exiger davantage, ce serait souvent porter une injuste atteinte à ce précieux patrimoine, qui est le prix de sa fidélité et de sa bonne foi. (*Rapp. au corps législ.*) Aussi, pensons-nous, comme Demiau, p. 317, qu'il ne dépend pas du tribunal d'ordonner que le jugement ne sera exécutoire que sous caution, et que la partie a toujours pour option ou de fournir caution ou de justifier de sa solvabilité.

1547. ***Les jugements des tribunaux de commerce sont-ils de plein droit exécutoires par provision?***

L'affirmative de cette question était sans dif-

---

(1) [*L'exécution provisoire, sans caution, sera ordonnée, même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait pas d'appel.

Dans tous les autres cas l'exécution provisoire pourra être ordonnée avec ou sans caution. (Loi belge du 25 mars 1841, art. 20.)]

(2) JURISPRUDENCE.

[Les tribunaux de commerce peuvent rendre leurs jugements exécutoires par provision, même à l'égard des dépens. (Rouen, 11 déc. 1821.)]

[* Il ne suffit pas que l'opposition à un jugement par défaut, rendu par un tribunal de commerce et déclaré exécutoire par provision, ait été déclarée recevable, pour que ce jugement perde sa force exécutoire. (Brux., 1er et 20 juillet 1835; J. de Br., 1836, p. 370.)]

faculté sous l'empire de la loi du 24 août 1790, dont l'art. 4 du tit. XII portait que « tous les jugements des tribunaux de commerce seraient exécutoires par provision, nonobstant l'appel, à quelque somme ou valeur que les condamnations pussent monter. »

Mais l'art. 439 est autrement rédigé; il porte que les tribunaux de commerce *pourront* ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, nonobstant l'appel et sans caution, lorsqu'il y aura titre non attaqué, etc.; que, dans les autres cas, l'exécution provisoire n'aura lieu qu'à la charge de donner caution.

De cette différence de rédaction, les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 484, ont tiré la conséquence que le Code de procédure permettant seulement aux tribunaux de commerce d'ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, ne les rendait point exécutoires de plein droit.

Deux arrêts de la cour de Liége du 29 juin 1807 (Sirey, t. 7, p. 326; Dalloz, t. 2, p. 141), l'autre de Brux. du 9 déc. 1807 (Sirey, t. 14, p. 154; Dalloz, t. 2, p. 142), ont prononcé conformément à cette opinion, le premier, d'une manière implicite, en décidant qu'un tribunal de commerce ne pouvait, pas plus qu'un tribunal ordinaire, ordonner, par un second jugement, l'exécution provisoire qu'il n'avait pas prononcée; le second, d'une manière formelle.

Mais deux autres arrêts, l'un de la cour de Rouen du 5 nov. 1807 (Sirey, t. 7, p. 1260; Dalloz, t. 2, p. 442), l'autre de la cour de Nîmes du 31 août 1809 (Sirey, t. 10, p. 254; Dalloz, t. 2, p. 143), ont prononcé le contraire, sur le motif que les jugements des tribunaux de commerce sont, par leur nature même, exécutoires par provision, nonobstant appel, en donnant caution, et que leur exécution provisoire n'a besoin d'être ordonnée que lorsqu'elle doit avoir lieu sans caution.

Telle est l'opinion que professait Pardessus, dans sa *Jurisp. comm.*, p. 627. La disposition de l'art. 439, disait-il, nous semble assez impérative pour qu'on doive décider que l'exécution provisoire *avec caution* a lieu quand même le tribunal ne l'aurait pas ordonnée. Cependant, ajoute-t-il, s'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente, l'exécution peut être ordonnée sans caution, pourvu que ce soit par le même jugement, et non par un postérieur. (*V.* aussi *Cours de Droit comm.*, t. 5, n° 1385.)

Cette opinion a prévalu devant la cour de cassation, qui, par arrêt du 2 avril 1817 (Sirey, t. 17, p. 280; Dalloz, t. 2, p. 145), explique comme il suit l'art. 439 : « L'exécution provisoire nonobstant appel, *à la charge de la caution*, est de plein droit, tant pour les jugements des tribunaux de commerce, que pour ceux des arbitres forcés qui les remplacent entre associés négociants; l'art. 439, en les autorisant à ordonner, lorsqu'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente dont il n'y ait pas appel, l'exécution provisoire, *même sans caution*, n'ayant pas entendu que, hors ces cas et avec caution, il fût besoin qu'ils ordonnassent l'exécution provisoire. »

Il suit de cette décision que le silence du jugement sur l'exécution provisoire, dans les cas autres que ceux où il y a titre non attaqué ou condamnation précédente, établit une présomption légale que la caution doit être fournie, et qu'il suffit pour exécuter que la partie la fournisse (1).

[On peut encore citer, en faveur du système consacré par la cour de cassation, Lyon, 27 nov. 1832 (Sirey, t. 33, p. 93), et le jugement du tribunal de Marseille du 2 déc. 1834, l'opinion de Favard, t. 5, p. 717, n° 9, de Thomine, n° 482, de Pardessus, n° 1385, et de Boitard, t. 2, p. 143 et suiv.

Pour le système opposé, un arrêt de la cour de Metz, du 3 fév. 1819, et l'opinion de Locré, t. 9, p. 523 et 524, sur l'art. 439, qui puise une raison de décider dans le silence du Code après une demande formée à cet égard par la commission de rédaction. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 750, et Poncet, t. 1, n° 268, pensent aussi que les jugements des tribunaux de commerce ne sont pas exécutoires de plein droit.

La principale raison qu'ils en donnent se tire de ces mots de l'art. 439 : *Les tribunaux de commerce* POURRONT *ordonner l'exécution provisoire*. En disant *pourront*, le législateur attribue, disent-ils, aux tribunaux de commerce une faculté souveraine pour accorder ou refuser l'exécution provisoire, ce qui implique avec la supposition que cette exécution provisoire soit de plein droit.

Mais ce raisonnement repose sur une lecture peu attentive et peu réfléchie de l'article.

Le mot *pourront*, dont il se sert, constitue bien une faculté, mais ce n'est pas la faculté d'accorder ou de refuser l'exécution provisoire, c'est celle de dispenser, dans certains cas, cette exécution provisoire de la condition de fournir caution ou de justifier de solvabilité suffisante.

En effet, dans les autres cas, dit la seconde partie de l'article, l'exécution provisoire n'aura lieu que moyennant caution. Plus d'expression facultative : *elle aura lieu*, mais elle aura lieu

(1) En ce sens, il y a lieu à l'application de l'article 439, dans l'espèce d'une lettre de change dont le signataire se serait constamment reconnu débiteur. (Rennes, 29 janv. 1808.)

sous une condition ici indispensable et dont le tribunal aurait pu dispenser dans les cas du premier paragraphe.

On remarquera, d'ailleurs, que les cas à l'égard desquels la loi s'exprime d'une manière facultative sont plus favorables à l'exécution provisoire que ceux pour lesquels elle emploie la forme impérative, ce qui démontre, de plus en plus, que la faculté ne porte pas sur l'exécution provisoire elle-même, mais seulement sur les conditions accessoires.

Après ces observations, que développent avec beaucoup de force Thomine Desmazures et Boitard, *loco cit.*, il est facile de réfuter les objections de Pigeau.

Si l'on admet l'exécution provisoire, sans qu'elle ait été ordonnée, dit, en premier lieu, cet auteur, la question de savoir s'il faut ou s'il ne faut pas fournir caution deviendra le sujet d'un nouveau litige entre les parties. Non; car, pour être dispensé de la caution, il faut une disposition formelle du jugement, la règle générale voulant qu'on la fournisse.

La loi de 1790, dit-il encore, sur laquelle on s'appuie, est abrogée par l'art. 1041 du Code. On n'invoque pas cette loi comme disposition légale existante, mais comme pouvant servir à expliquer la loi actuelle.

Lorsque l'exécution provisoire, ajoute-t-il enfin, n'a pas été ordonnée par les premiers juges, elle ne peut l'être que par les juges d'appel, aux termes de l'art. 136. Cette objection suppose que, dans les cas de l'art. 439, l'exécution provisoire n'est pas de droit, ce qui est précisément la question.

Ainsi, nous ne voyons aucun motif pour ne pas décider, avec Carré, que tous les jugements des tribunaux de commerce sont, de plein droit, exécutoires par provision, nonobstant appel, et qu'entre ces jugements il n'y a pas à cet égard d'autre distinction à établir que celle qui résulte de la nécessité ou de la dispense de la caution, distinction que tracent assez nettement les deux paragraphes de notre article.

On sent que pour que la caution soit nécessaire, il faut que le jugement à exécuter prononce une condamnation positive; aussi nous croyons avec Thomine, n° 483, et avec un arrêt de la cour de Rouen, 3 juill. 1807 (Sirey, t. 7, p. 1140; Dalloz, t. 18, p. 288), qu'un jugement qui se borne à rejeter une fin de non-recevoir, telle qu'un déclinatoire, peut être exécuté sans caution; il n'y a pas, en effet, d'intérêt matériel à compromettre.

Dans le même passage l'auteur précité décide qu'un tribunal de commerce ne peut rendre exécutoire par provision un jugement par lequel il nomme des arbitres en matière de société. Ceci tient, d'après un arrêt de la cour de Paris du 25 mars 1813 (Sirey, t. 16, p. 86), à ce que les arbitres ne peuvent eux-mêmes statuer sur la validité de leurs pouvoirs, ce qu'ils feraient s'ils passaient outre malgré l'appel du jugement qui les nomme.

Mais nous ne pouvons approuver l'opinion exprimée encore par Thomine, n° 483, que le jugement rendu au fond, après rejet d'un déclinatoire pour incompétence, n'est pas susceptible d'exécution provisoire, parce que, dit-il, l'appel du premier jugement rendrait la compétence incertaine, et, par suite aussi, la validité du jugement sur le fond. Et un appel quelconque, ne met-il pas toujours en question la validité ou le bien jugé du jugement qui en est l'objet? Cependant les tribunaux de commerce peuvent en général en ordonner l'exécution provisoire. L'argument dont on veut appuyer cette exception n'a donc aucune force.]

1548. *Quand un jugement qui a ordonné l'exécution provisoire, dans une affaire où le titre n'a pas été contesté, n'exprime pas qu'elle aura lieu sans caution, cette omission vaut-elle dispense?*

La cour de Rennes a jugé cette question pour l'affirmative, par arrêt du 29 janv. 1808, rendu par la première chambre, attendu que tout jugement déclaré exécutoire par provision, et qui ne charge pas le créancier de cautionner, établit nécessairement une provision *sans caution.*

[Puisque, d'après ce que nous avons dit sur la question précédente, l'exécution provisoire est de droit sans qu'on la prononce, et que l'intervention d'une disposition judiciaire n'est utile que pour dispenser de la caution, on doit présumer que celle qui a été insérée dans le jugement n'a pas eu d'autre but.]

[**1548 bis.** *Qu'entend-on par titre non attaqué? Le titre authentique attaqué n'emporte-t-il pas l'exécution provisoire sans caution?*

On entend par titre non attaqué celui dont on ne conteste ni la substance ni la forme, en sorte que, sur la demande dont il est la base, ou l'on ne répond rien, ou l'on se borne à opposer des fins de non-recevoir qui ne touchent pas à l'existence originaire du titre, telles que le payement, la prescription, etc.

Mais si on argue de vice l'obligation elle-même, par exemple si on la prétend usuraire, le tribunal, qui ne s'arrête pas à cette exception, ne peut néanmoins ordonner l'exécution provisoire sans caution des condamnations qu'il prononce.

Cependant il est clair que ces incidents, pour produire l'effet que nous leur attribuons, doivent avoir été élevés pendant l'instance devant le tribunal de commerce; survenus après le jugement et l'appel, ils n'arrêteraient point l'exécution provisoire sans caution que ce jugement aurait ordonnée. (Paris, 30 août 1810;

Dalloz, t. 16, p. 14; Sirey, t. 14, p. 319, et 12 nov. 1825; Sirey, t. 26, p. 282.— *Voy.* sous l'art. 460, la *Quest.* 1668.)

Quoique la rédaction de l'art. 439 semble supposer que le titre authentique lui-même doive être mis, lorsqu'il est attaqué, sur la même ligne que le titre privé, nous pensons, avec Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 731, qu'il faut expliquer cette disposition par celle de l'article 1319, C. civ., et que, par conséquent, les tribunaux ne peuvent, sous aucun prétexte, suspendre l'exécution d'un titre authentique ou y mettre des conditions hors des cas prévus par cet article. (*V.* le développement de notre opinion, *Quest.* 577.]

1549. *Un tribunal de commerce qui ordonne l'exécution provisoire de son jugement, quoiqu'il y ait titre attaqué, peut-il dispenser le demandeur de justifier de sa solvabilité, sous prétexte qu'elle est notoire?*

Nous avons donné, sur l'art. 417, *Question* 1497, les raisons qui nous portent à croire que, dans l'espèce de cet article, on peut décider qu'un négociant justifie suffisamment de sa solvabilité par un crédit notoire. Mais la cour de Pau, par arrêt du 4 juill. 1807, a décidé le contraire, dans l'espèce de l'article 439, attendu que l'attestation de cette solvabilité, donnée par le tribunal, ne remplit pas le vœu de la loi sur le bail de caution, et qu'il répugne que des juges, en remplissant leurs fonctions, s'établissent pour ainsi dire des certificateurs.

Les auteurs du Commentaire inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 526, disent, au contraire, que, si la partie au profit de laquelle le jugement est rendu est connue pour jouir d'une solvabilité bien établie, cela suffit pour que le vœu de la loi soit rempli, surtout si la somme n'est pas considérable. Cette opinion est conforme à l'ancienne jurisprudence, ainsi que nous l'avons dit sur l'art. 417; mais l'espèce de cet article est bien différente de celle de l'art. 439. La saisie, permise en vertu du premier, ne conduit à une exécution qu'autant que le jugement est rendu; ce n'est jusque-là qu'une mesure purement conservatoire : dans le cas du second, on peut procéder à la vente. Cette différence peut prouver le bien jugé de l'arrêt que nous venons de citer, sans détruire la solution que nous avons donnée sur l'article 417.... Aussi pensons-nous que, toutes les fois que la solvabilité d'une partie n'est pas reconnue par son adversaire, le tribunal doit ordonner qu'elle en justifie, par représentation de l'inventaire que tout commerçant doit dresser chaque année, conformément à l'article 9, C. comm.

[Telle est aussi l'opinion de Thomine, n° 483.

Cependant le texte du rapport présenté au corps législatif par Perrin, induit, ce nous semble, à penser le contraire, et à laisser aux tribunaux de commerce toute latitude sur les justifications à exiger de la partie qui obtient l'exécution provisoire.

« L'art. 439, disait-il, laisse le tribunal maître d'ordonner (*ou non*) qu'elle justifiera par titre de sa solvabilité.

» C'est là une conséquence de cette vérité que le négociant ne peut presque jamais offrir de meilleure preuve de sa solvabilité que la *renommée* dont il jouit parmi ceux avec lesquels il exerce sa profession. » (Locré, t. 9, p. 302, n° 67.)

C'est donc la *renommée*, c'est la notoriété publique qui doivent être surtout consultées et obtenir crédit. Le tribunal peut dispenser d'une justification par titre.

L'art. 440 suppose que la caution elle-même peut être admise sans titre; à plus forte raison les titres ne doivent-ils pas être rigoureusement exigés de la partie dont la solvabilité est notoire.

La sagesse des tribunaux appréciera ce qui, en cette matière, peut être convenable, ce qui, au contraire, ressemblerait à une vexation.]

[**1549 bis.** *Les jugements par défaut des tribunaux de commerce peuvent-ils prononcer leur exécution provisoire nonobstant opposition?*

L'affirmative, enseignée par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 731 et 733, résulte aussi de deux arrêts, l'un de la cour de Douai, 11 janv. 1813 (Dalloz, t. 18, p. 431), l'autre de la cour de cassation, 9 fév. 1813 (Sirey, t. 13, p. 426; Dalloz, t. 18, p. 329). Deux arrêts de la cour de Turin, des 1er fév. et 14 sept. 1813 consacrent la négative (Dalloz, t. 18, p. 438; Sirey, t. 14, p. 132).

En citant ces deux derniers arrêts à sa jurisprudence, Carré les accompagnait de la note suivante.

NOTA. « Ces arrêts sont motivés sur ce que l'art. 643, C. comm., n'a point déclaré applicable aux jugements des tribunaux de commerce la disposition de l'art. 155, et s'est borné à prescrire l'exécution des art. 156, 158 et 159; mais nous ne pensons pas que ce soit une raison suffisante pour suivre cette décision, attendu, comme nous l'avons dit, n° 78, relativement aux justices de paix, que l'opposition est toujours suspensive, s'il n'y a exception formelle. Or, d'un côté, la loi n'a rien excepté dans l'art. 439, et, de l'autre, si l'art. 643, C. comm., a ordonné l'application des art. 156, 158 et 159, c'est pour lever les difficultés qu'avait fait naître celle des art. 436 et 438, aux jugements commerciaux. »

Nous conservons cette note de Carré, quoi-

qu'elle nous paraisse exprimer son opinion d'une manière insuffisante.

Quant à nous, nous remarquons avec Thomine, n° 481, que l'art. 438 déclare indéfiniment et sans distinction que l'opposition arrêtera l'exécution; que, d'après l'art. 459, les jugements des tribunaux de commerce ne sont exécutoires que nonobstant l'appel; que l'opposition ne peut être de longue durée, puisqu'on peut revenir à l'audience le lendemain, et nous en concluons que les tribunaux de commerce ne peuvent rendre leurs jugements de défaut exécutoires nonobstant l'opposition.]

Art. 440. **La caution sera présentée par acte signifié au domicile de l'appelant, s'il demeure dans le lieu où siége le tribunal, sinon au domicile par lui élu en exécution de l'art. 422, avec sommation à jour et heure fixes de se présenter au greffe, pour prendre communication, sans déplacement, des titres de la caution, s'il est ordonné qu'elle en fournira, et à l'audience, pour voir prononcer sur l'admission, en cas de contestation.**

Tarif, 29. — [Tar. rais., n° 396.] — Ordonn. de 1667, tit. XXVIII, art. 2 et 3. — C. proc., art. 518. — C. civ., art. 2011, 2018, 2040. — (*Voy.* Formule 403.)

1550. *Le cautionnement doit-il être fourni en immeubles?*

Cela n'est pas rigoureusement exigé en matière de commerce, d'après la disposition de l'art. 2019, C. civ., qui autorise à estimer la solvabilité de la caution, eu égard à ses facultés mobilières.

[Cette solution est admise avec raison par Pardessus, n° 1385, et Thomine, n° 485.]

1550 bis. *Celui qui a obtenu l'exécution provisoire à la charge de donner caution doit-il fournir cette caution pour exécuter avant même que l'appel soit relevé?*

Non, tout jugement non frappé d'appel est exécutoire de plein droit et sans caution; l'appel seul est suspensif en règle générale : c'est à cette règle que font exception les dispositions législatives relatives à l'exécution provisoire. Ce n'est donc que lorsque l'appel existe que commence à naître, dans l'espèce supposée, l'obligation de fournir caution pour pouvoir procéder à l'exécution.

Ceci est évident; c'est aussi l'objet d'une simple observation de la part de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 732, et de Carré, n° 1824.]

[1550 ter. *Faut-il, à peine de nullité, que la partie qui a succombé soit appelée à venir discuter la caution?*

Une caution dont le mérite n'aurait pu être discuté ne remplirait certainement pas le vœu de la loi; et l'exécution qui aurait eu lieu après la présentation de cette caution serait nulle. (Paris, 20 oct. 1815; Sirey, t. 14, p. 129; Dalloz, t. 6, p. 426, et t. 14, p. 27.)]

Art. 441. **Si l'appelant ne comparaît pas, ou ne conteste point la caution, il fera sa soumission au greffe; s'il conteste, il sera statué au jour indiqué par la sommation : dans tous les cas, le jugement sera exécutoire nonobstant opposition ou appel.**

Tarif, 29. — [Tar. rais., nos 401 et 403.] — Ordonn. de 1667, tit. XXVIII, art. 2, 3, et 4; *suprà*, n° 1347. — C. proc., art. 519 et suiv. — (*Voy.* Formules 408 et 411.)

Art. 442. **Les tribunaux de commerce ne connaîtront point de l'exécution de leurs jugements (1).**

Avis du conseil d'État du 17 mai 1809. — C. proc., art. 427, 472, 553. — [Carré, *Compét.*, 2e part., liv. II, tit. III, art. 256, n° CLXII, 2e part., liv. III, tit. II, § 1er; 2e part., liv. III, tit. II, chap. 2, art. 320, n° CCX à la note; 2e part., liv. III, tit. IV, chap. 2, art. 394 et n° CCXXXVIII. — Locré, t. 9, p. 302, n° 87.]

CCCLXVI. La loi applique ici aux tribunaux de commerce le principe général d'après lequel les juges d'attribution ne connaissent point de l'exécution de leurs jugements (2), et, en posant cette limite à la compétence de ces tribunaux, elle les rappelle au but de leur institution, et fait disparaître tous les motifs de s'en écarter.

1551. *Le tribunal de commerce peut-il déclarer exécutoire, contre les héritiers d'un marchand, le jugement rendu contre ce dernier?*

Fondée sur ce principe que les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements, la cour de cass., par arrêt du 5 brum. an XII, rapporté par les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 488 et suiv., avait prononcé négativement sur la question que nous venons de poser. Mais nous ferons observer que l'art. 877 du Code civil rend cette décision sans objet, puisqu'il dispose que les

(1) [* Le tribunal de commerce qui, en déclarant la faillite d'un négociant, a ordonné son dépôt dans la prison pour dettes, n'est pas compétent pour juger des difficultés qui s'élèvent sur l'incarcération. (Brux., 11 mars 1837; J. de Bruxelles, 1837, p. 310.)]

(2) *Voy.* notre *Traité des lois de compét.*, liv. II, tit. III, et liv. III, tit. IV, chap. 2.

titres exécutoires contre le défunt le sont pareillement contre l'héritier personnellement.

[Cela est incontestable.]

[1551 bis. *Dans quel sens et suivant quelles limites faut-il entendre la disposition de l'art.* 442?

Cet article est une conséquence naturelle des limites posées par la loi aux attributions juridictionnelles des tribunaux de commerce. Ils ne peuvent juger, avons-nous dit souvent, que les causes commerciales ; toutes les contestations qui soulèvent des questions de droit civil sont hors de leur compétence.

Telles sont les difficultés de procédure que peut faire naître l'exécution qui a lieu, par voie de contrainte, sur la personne ou sur les biens du débiteur : évidemment, la solution en appartient aux tribunaux civils. C'est donc à ce genre d'exécution que se rapporte la prohibition de l'art. 442. Les tribunaux de commerce ne pourront donc pas connaître des irrégularités qu'on reprocherait au commandement (Lyon, 22 août 1826; Sirey, t. 27, p. 25), au procès-verbal de saisie; les nullités provenant du lieu, de l'heure de l'exécution, l'excès de pouvoir de l'officier ministériel, la saisie d'effets insaisissables, etc. Ce ne sont pas là des questions commerciales : le tribunal de commerce sortirait de ses attributions en les jugeant.

Mais si l'exécution du jugement commercial a lieu par suite d'instance, c'est-à-dire pour amener ou compléter le jugement définitif, elle appartient au tribunal de commerce, parce qu'il s'agit alors de juger la cause commerciale, ce qui est exclusivement de leur compétence.

Ainsi s'agit-il d'exécuter un jugement préparatoire ou interlocutoire (Paris, 18 déc. 1812; Sirey, t. 13, p. 287; Dalloz, t. 5, p. 421); ou de liquider des dommages-intérêts dont la condamnation a été prononcée (Douai, 20 août 1827; Sirey, t. 28, p. 167); ou de recevoir une caution, un serment, etc. (Lyon, 27 nov. 1832); d'interpréter un jugement dont les dispositions n'étaient pas suffisamment claires (Caen, 17 mai 1826) ; ou d'apprécier le mérite des actes d'administration faits par les syndics provisoires d'une faillite (Florence, 13 mars 1811; Sirey, t. 14, p. 563; Dalloz, t. 5, p. 405); ou de statuer sur la demande d'un créancier opposant à un jugement déclaratif de la faillite du débiteur, lorsqu'elle tend à obtenir un sursis à l'exécution (Brux., 14 avril 1820; J. de B., t. 2, p. 24); dans tous ces cas, le tribunal de commerce sera compétent, parce qu'il s'agit encore du fond de la cause, et qu'il n'y a, par conséquent, rien que de commercial dans les difficultés à juger.

Ces observations font voir que l'art. 442 n'est pas une disposition exceptionnelle, uniquement relative aux tribunaux de commerce, mais plutôt une application particulière qui leur est faite du principe général d'après lequel tous les tribunaux doivent strictement se renfermer dans les limites de leur juridiction. En effet, les tribunaux civils eux-mêmes ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements, lorsque cette exécution présente à juger des questions commerciales. Par exemple, lorsqu'ils ont prononcé sur l'incident en faux ou en vérification d'écritures, sur la question d'état, qui leur avait été renvoyée par le tribunal de commerce, ils ne font pas à la cause commerciale l'application de leur décision incidente : les parties reviennent, pour cela, devant les tribunaux de commerce.

Ainsi, la même règle doit régir, suivant nous, la compétence de tous les tribunaux, relativement à l'exécution de leurs jugements.

Les questions que cette exécution soulève rentrent-elles, oui ou non, dans les attributions du tribunal qui a rendu le jugement? dans le premier cas, il en connaîtra; dans le second, il ne devra pas en connaître.

Par suite de ce principe, le tribunal de commerce ne peut connaître d'une contestation sur l'exécution d'un jugement qu'il a rendu, lorsque cette contestation dérive, non de l'obscurité des termes du jugement, mais du fait par lequel on prétend l'avoir exécuté (Florence, 28 janv. 1811; Sirey, t. 14, p. 563; Dalloy, t. 5, p. 421);

Ni de la validité d'offres réelles et de consignations faites en vertu de son jugement (Paris, 21 août 1810; Sirey, t. 14, p. 239; Dalloz, t. 5, p. 422);

Il ne peut procéder à la vente des biens des parties condamnées commercialement (Cass., 24 nov. 1825; Sirey, t. 26, p. 91);

Ni nommer les officiers ministériels chargés de vendre les meubles et immeubles du failli (Paris, 27 fév. et 26 mai 1813; Sirey, t. 13, p. 288; Dalloz, t. 15, p. 224); c'est devant le tribunal civil que la poursuite de cette vente doit avoir lieu (Angers, 28 oct. 1809; cass., 3 oct. 1810; conseil d'État, 9 déc. 1810; Sirey, t. 13, p. 346);

Il ne peut prononcer sur la demande en délivrance de la seconde grosse d'un de ses jugements (Colmar 10 nov. 1833);

Ni sur la péremption, faute d'exécution dans les six mois, d'un de ses jugements par défaut (Dijon, 6 avril 1819, Dalloz, t. 5, p. 425, et Aix, 12 mars 1825, Sirey, t. 25, p. 4);

Ni sur une demande d'intérêts résultant d'une condamnation prononcée au principal par des arbitres. (Rennes, 15 mars 1816.)

Le tribunal civil est également seul compétent pour connaître du mérite d'une opposition à des poursuites exercées en vertu d'un jugement par défaut d'un tribunal de com-

merce, surtout si ce jugement a acquis l'autorité de la chose jugée (Riom, 27 fév. 1828);

Et pour décider si un débiteur a valablement acquiescé à un jugement consulaire prononçant contre lui la contrainte par corps (Cass., 17 juill. 1833; Sirey, t. 33, p. 562);

Mais il ne pourrait réformer, car il n'a point de suprématie de juridiction, une disposition que le tribunal de commerce aurait insérée dans son jugement pour en assurer l'exécution, par exemple la nomination d'un huissier commis, encore qu'elle eût été illégalement faite. (Brux., 7 oct. 1815; J. de B., t. 2 de 1815, p. 134. — *V.* aussi la *Quest.* 1551 *quater.*)

La plupart de ces décisions sont citées et approuvées par Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 734 et 735, Thomine, nos 484 et 485, et Boitard, t. 2, p. 144 et 145.)

[1551 ter. *Le tribunal civil saisi de la connaissance de l'exécution d'un jugement du tribunal de commerce pourrait-il accorder un sursis à cette exécution?*

Non, puisque l'art. 647 du Code de commerce défend, même aux cours saisies de l'appel, de prononcer aucune défense ou d'accorder aucun sursis aux jugements commerciaux; à plus forte raison les tribunaux civils de première instance, qui ne sont pas supérieurs en degré aux tribunaux de commerce, n'auraient-ils pas le droit d'arrêter l'exécution de leurs jugements. C'est pour régler cette exécution et non pour l'empêcher qu'ils ont reçu compétence.

Cette doctrine, enseignée par Thomine, no 486, avait été déjà consacrée, sous l'ord. de 1673, par un arrêt de la cour de Colmar du 12 frim. an XIV (Sirey, t. 6, supp., p. 523; Dalloz, t. 18, p. 277). Cette cour a rendu une décision semblable le 19 août 1816.

En rapportant la première à sa note *jurisprudence*, Carré l'accompagnait de l'observation suivante : « Nous remarquerons que cette décision s'applique *à tous les cas,* nonobstant la distinction que nous avons faite *suprà,* no 522, attendu relativement à ceux dans lesquels l'art. 1244 peut recevoir son application même aux matières commerciales, que l'art. 122 veut que le sursis soit prononcé par le jugement même qui statue sur la contestation : d'où suit qu'il n'appartenait qu'au tribunal de commerce d'accorder ce sursis en rendant son jugement. »]

[1551 quater. *Le tribunal civil, saisi de la connaissance de l'exécution d'un jugement du tribunal de commerce, peut-il y ajouter la contrainte par corps, lorsque, mal à propos, elle n'a pas été prononcée, ou déclarer sans effet la disposition qui la prononcerait, lorsqu'elle n'aurait pas dû l'être?*

Sur la première partie de la question, la négative est toujours certaine, car la contrainte par corps n'est pas une voie ordinaire d'exécution, qui s'applique de plein droit, comme les saisies, à toutes les espèces de condamnation, elle n'a lieu au contraire que lorsque la loi l'autorise et qu'un jugement la prononce. Or, le juge du fond est le seul compétent pour la prononcer; lui seul pouvant décider si la dette pour laquelle il condamne est du nombre de celles qui comportent cette exécution rigoureuse. Aussi la cour de Trèves, le 24 mars 1809 (Dalloz, t. 6, p. 415), a-t-elle consacré notre solution.

Relativement à la seconde partie de la question, que nous décidons comme la première, Thomine, no 487, propose au contraire une distinction qu'il est impossible d'admettre.

Lorsque la contrainte par corps, dit-il, a été prononcée par le tribunal de commerce dans un cas où elle ne devait pas l'être, à cause de la qualité de la partie condamnée, ou elle l'a été après discussion sur ce point, et *causâ cognitâ*, ou bien elle l'a été sans motifs particuliers, par pure habitude d'un tribunal qui condamne toujours pour dettes commerciales.

Dans le premier cas, elle est irrévocable; car, si la difficulté a été décidée par les juges naturels, les juges de fond, quel excès de pouvoir n'y aurait-il pas de la part des juges de l'exécution à réformer leur sentence?

Mais s'il ne paraît point que le tribunal de commerce ait voulu faire, de la contrainte par corps, un chef formel et réfléchi de son jugement; si la qualité de la partie, exclusive de cette voie, ne lui a pas été connue, s'il n'a pas eu l'intention de décider la difficulté que cette qualité faisait naître, alors, continue le même auteur, on doit considérer sa disposition sur ce chef comme de style, ou du moins comme conditionnelle pour le cas où la partie ne se trouverait pas dans l'exception légale. Ainsi cela devient une difficulté d'exécution, une question de savoir quelle voie est admissible pour exécuter, quelle voie ne l'est pas, et les juges de l'exécution sont alors compétents...

Lorsqu'un jugement du tribunal de commerce a accordé la contrainte par corps, quelque soupçon qu'on puisse avoir sur le peu de réflexion qui a présidé à sa prononciation, ce n'est pas par le tribunal civil chargé de le faire exécuter qu'on peut en obtenir la réformation sur ce chef. Un tribunal d'exécution ne peut être transformé en un tribunal de révision.

La partie n'a-t-elle pas, pour faire réparer les erreurs des premiers juges, les voies d'appel et de cassation? En admettre une autre serait

méconnaître toutes les règles de la compétence et de la hiérarchie judiciaire.]

1552. ***Est-ce aux tribunaux ordinaires et non aux tribunaux de commerce qu'il appartient de connaître des ventes des navires saisis, même en vertu du jugement de ces derniers?***

C'est aux tribunaux ordinaires. (*V.* avis du conseil d'État, du 29 avril 1809, approuvé le 17 mai suivant.)

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

SUR LES LIVRES III ET IV, RELATIFS AUX VOIES DE SE POURVOIR CONTRE LES JUGEMENTS.

La loi garantit aux citoyens une justice égale et complète, et par conséquent elle devait leur réserver un recours efficace contre l'erreur ou l'injustice des décisions du magistrat.

Tel est, en général, l'objet des dispositions du Code concernant les différentes voies ouvertes pour attaquer les jugements.

On les distingue en *voies ordinaires* et en *voies extraordinaires*. Les *voies ordinaires* sont l'*opposition* et l'*appel*, parce qu'elles peuvent être employées contre *tout jugement* et pour *pour toutes causes* de *nullité, erreur ou injustice,* pourvu toutefois, à l'égard de la première, qu'il ait été *rendu par défaut* (1), et à l'égard de la seconde, qu'il l'ait été ou qu'il ait dû l'être *en premier ressort* (2).

Les *voies extraordinaires* sont la *tierce opposition,* la *requête civile,* la *prise à partie* (3) et la *cassation* (4). On les appelle *extraordinaires,* parce qu'elles ne sont ouvertes qu'en certaines circonstances expressément déterminées par la loi, et hors lesquelles le jugement ne pourrait être ni modifié ni détruit.

Il est de règle générale, sur ces différentes espèces de recours,

1° Qu'on ne peut en cumuler deux dans le même temps; ainsi, par exemple, on ne peut se pourvoir simultanément par opposition, par appel ou par requête civile;

2° Que les voies extraordinaires n'étant ouvertes qu'à défaut des voies ordinaires, et celles-ci à défaut l'une de l'autre, on ne peut, quand on a la voie de la simple opposition qui est *ordinaire,* se servir de la tierce opposition, de la requête civile ou de la cassation; de même que l'on ne peut, tant que la simple opposition est recevable, se pourvoir par la voie d'appel. (Cass., 11 frim. an XI; Sirey, t. 4, p. 23.)

---

(1) Nous avons parlé de *l'Opposition, Quest.* 89 et 668.

(2) *Voy.*, sur les circonstances où il y a lieu à prononcer, soit en premier, soit en dernier ressort, notre *Traité des lois d'organisation et de compétence,* liv. II, tit. IV, et liv. III, tit. V. [On peut consulter le Commentaire approfondi de notre savant collègue Benech sur la loi du 11 avril 1838.]

(3) Nous ferons remarquer *infrà,* dans les préliminaires du liv. IV, que la prise à partie n'est point, à proprement parler, une voie pour attaquer les jugements, mais seulement une attaque indirecte dont l'effet est tout autre que la réformation du jugement attaqué.

(4) Le Code de procédure ne contenant aucune disposition sur la voie extraordinaire de la cassation, nous n'avons point à nous en occuper : on peut consulter les ouvrages de Pigeau et de Berriat.

LIVRE III.

DES COURS ROYALES (1).

TITRE UNIQUE.

DE L'APPEL ET DE L'INSTRUCTION SUR L'APPEL (2).

Un tribunal ne peut détruire ni modifier la décision qu'il a rendue, quelque évidentes que fussent pour lui les nullités ou les erreurs qu'il aurait commises (3). Le recours au juge supérieur est donc le seul moyen légal que puissent employer les parties, pour faire annuler ou réformer les jugements dont elles auraient à se plaindre.

Ce moyen est l'*appel*, que l'on définit le recours à un juge supérieur contre le jugement émané d'une juridiction inférieure.

Il a pour objet de faire annuler, réformer ou modifier ce jugement pour cause d'incompétence, d'irrégularités, d'omissions, d'erreurs ou injustices (4), ou, en termes de pratique, pour *nullités, torts et griefs* (5).

Il est ouvert contre *toute espèce* de jugements que le juge n'aurait rendus ou n'eût pu rendre qu'au premier degré de juridiction, encore bien qu'il l'eût qualifié en dernier ressort (art. 453). En cela, notre législation diffère de celle des Romains, qui n'admettait l'appel d'un interlocutoire qu'autant que le grief était irréparable en définitive. Il est à remarquer seulement que le pourvoi ne procède valablement contre les jugements par défaut, qu'après les délais de l'opposition (455), et contre les jugements préparatoires, qu'après le jugement définitif (451).

Il est recevable en tous les cas, lorsqu'il s'agit d'incompétence (art. 454); mais, en tous les cas aussi, sauf quelques exceptions à l'égard des interlocutoires (*voy.* sur l'art 451), il peut être écarté par les fins de non-recevoir résultant de ce que le jugement aurait acquis l'autorité de la chose jugée, soit par l'expiration du délai, soit par acquiescement exprès ou tacite. (V. *infrà*, les questions traitées sur l'art. 444.)

Toute personne à qui le jugement porterait préjudice n'est pas indistinctement recevable à en interjeter appel, si elle n'a pas été aux qualités dans ce jugement, ou du moins si elle n'a pas droit d'intervenir en cause d'appel. (V. *Quest. de droit*, v° *Appel*, et *infrà* sur l'art. 466, § 2.) C'est comme le remarque Berriat, titre de l'Appel, ch. *des personnes qui peuvent appeler*, une modification que la règle des deux degrés de juridiction et la disposition de l'art. 464 ont apportée aux anciens principes, d'après lesquels il suffisait, pour interjeter appel d'un jugement, d'avoir intérêt de le faire corriger. (*Nouv. Denisart*, v° *Appel*, § 5.)

---

(1) *Voy.* la note, à la fin de ces préliminaires.

(2) *Voy.* lois des 24 août 1790, tit. IV et V; 3 brum. an II, 19 vend. et 26 vent. an IV; 27 vent. an VIII, articles 7 et 22, et les art. 377, et 391 à 396; *infrà*, les art. 666, 669, 723, 726, 730, 734, 736, 809, 881, 1010, 1023.

(3) *Voy.* notre *Traité des lois d'organisation et de compétence*, art. 15.

(4) De là cette définition d'Hermogenien : *Appellatio est iniquitatis sententiæ querela*, ff., liv. IV, tit. IV, loi 17.

(5) Les Romains reconnaissaient des nullités de droit, en sorte qu'un jugement qui en était vicié ne pouvait passer en force de chose jugée, et n'avait pas besoin d'être réformé par appel. Ces nullités n'ont été admises ni dans notre ancienne, ni dans notre nouvelle jurisprudence. Un jugement visiblement nul doit être attaqué par la voie d'appel devant le juge supérieur. Ainsi, par exemple, si la feuille d'audience et l'expédition portent le nom d'un juge qui n'aurait pas concouru au jugement; si, enfin, il s'agit des cas de nullité radicale que nous avons fait connaître sur les art. 138 et 141, on ne pourrait se pourvoir devant les premiers juges pour réparer la nullité en répétant le jugement; il faudrait appeler en se fondant sur la nullité. Cette doctrine est certaine; elle est attestée par tous les auteurs, et fondée sur plusieurs arrêts de la cour de cassation. (*Voy.* Perrin, *Traité des nullités*, p. 138, Berriat, *de l'Appel*, note 11, *Répert.*, v° *Appel*, sect. 1re, § 5, et *infrà*, sur l'art. 443, la *Quest.* 1562.)

On distingue deux sortes d'appel, l'*appel principal* et l'*appel incident* (1).

L'APPEL PRINCIPAL est celui qui est interjeté le premier par la partie qui a succombé en première instance, soit sur tous les points de la contestation, soit seulement sur quelques-uns; d'où il suit que ce n'est point le nombre ou la valeur des dispositions attaquées qui caractérise un *appel principal*, c'est uniquement la priorité du pourvoi.

En un mot, il en est de cet appel comme d'une demande principale; c'est le premier appel formé contre un jugement, de même que la *demande principale* est la première réclamation faite en justice sur un objet quelconque. (V. *suprà*, n° 206.)

Par opposition à l'*appel principal*, on nomme *appel incident* celui qui, dans le cours de l'instance introduite par le jugement, est interjeté accessoirement par l'une des parties, soit d'un jugement qu'on lui oppose ou dont on veut tirer avantage contre elle, soit des dispositions qui lui seraient contraires dans le jugement dont son adversaire a déjà appelé, soit enfin des jugements postérieurs à celui qui fait l'objet de l'appel principal.

Quand l'*intimé* (2) appelle incidemment du même jugement, parce que ses conclusions devant le premier juge ne lui ont pas été adjugées en entier, son appel prend le nom d'appel *à minimâ*, parce qu'il conclut *à minimâ ad majorem summam* (3).

Quand l'appelant interjette lui-même, dans le cours de l'instance, appel de jugements postérieurs, ce nouvel appel se nomme *appel en adhérant*, parce qu'il est joint, parce qu'il est *attaché* pour ainsi dire au pourvoi antérieurement formé. Il a lieu lorsqu'on appelle de ce qui a suivi le premier jugement, ou d'un second jugement qui tend à le confirmer ou à procurer son exécution.

De toutes ces espèces d'appels incidents, celui que formerait l'intimé contre le jugement attaqué, est le seul qui puisse être interjeté en tout état de cause; les autres seraient non recevables après l'expiration du délai. (V. *infrà*, art. 443, et *Quest. de droit*, v° *Appel*, § 9.)

L'appel interjeté en temps utile a deux effets :

1° Il suspend l'exécution du jugement attaqué, à moins que ce jugement ne soit exécutoire par provision. (V. *suprà*, art. 135 et 439, et *infrà*, art. 457 à 460.)

2° Il remet en question devant le juge supérieur la décision prononcée par le juge inférieur.

Sous le premier rapport, on dit qu'il est *suspensif*; sous le second, qu'il est *dévolutif*, parce que la contestation est *dévolue* ou déférée au tribunal d'appel, en sorte que, s'il survient quelque chose à décider *provisoirement*, c'est à ce tribunal que la connaissance en appartient.

Mais le pouvoir dévolutif cesse dès que le juge d'appel a confirmé le jugement, et la juridiction est rendue au premier juge pour la suite et l'exécution de ce même jugement.

Si, au contraire, le jugement est réformé, le juge d'appel a la liberté ou de se réserver l'exécution, ou de l'attribuer à un autre tribunal que celui dont était émané le jugement (472).

Mais toutes les fois que l'appel porte sur un interlocutoire, ou ne présente à juger que des questions de nullité ou de compétence, les juges d'appel peuvent, s'ils annulent ou s'ils réforment, statuer par le même jugement sur le fond qui serait en état (473).

Ce droit d'*évocation* (4), que notre Code a

---

(1) La suppression des juridictions ecclésiastiques, et la disposition de l'art. 461 (voy. *infrà*, nos questions sur cet article), ont rendu sans objet les distinctions que l'on faisait autrefois entre l'appel *comme d'abus*, et l'appel *ordinaire*, les appellations *verbales* et les appellations *écrites*.

L'APPEL COMME D'ABUS était le recours au parlement contre l'abus que les juridictions ecclésiastiques, ou, en général, toute puissance ecclésiastique, séculière ou régulière, avait fait de son pouvoir. Cette matière présentait une foule de questions singulièrement épineuses, dont les moindres occupent le tiers d'un volume dans les *Principes* de Duparc-Poullain, qui cependant ne forment qu'un ouvrage élémentaire. (*Voy.* notre *Traité du gouv. des paroisses*, p. 119.)

L'APPELLATION VERBALE était celle des jugements rendus sur simples plaidoiries, et l'*appellation par écrit*, celle des jugements rendus sur appointement à écrire et produire. Cette dernière s'instruisait par écrit de plein droit, tandis qu'aujourd'hui, d'après l'art. 461, ce n'est que d'après les plaidoiries que le juge d'appel peut ordonner cette instruction.

(2) On nomme *appelant* celui qui forme l'appel principal, et *intimé* celui contre qui il est dirigé. Ces deux parties sont envisagées, en cause d'appel, sous les mêmes rapports que le demandeur et le défendeur en première instance. Ce mot intimé dérive du latin *intimare, déclarer, dénoncer, faire connaître*, et s'applique à la partie défenderesse à l'appel, parce que ce pourvoi lui est *déclaré, dénoncé, notifié*. L'*intimé* qui appelle incidemment se qualifie *appelant incidemment*, et l'appelant principal prend alors la qualité d'*intimé incidemment*.

(3) Cette qualification, appel *à minimâ*, n'était guère en usage qu'en Bretagne; ailleurs, elle n'était employée que pour désigner l'appel interjeté par la partie publique, dont les conclusions n'avaient pas été entièrement suivies : elle appelait alors *à minimâ ad majorem pœnam*, comme elle fait aujourd'hui en matière de police. On sent que la dénomination donnée à cet appel convient parfaitement à l'appel incident interjeté en matière civile, par la partie qui n'a pas obtenu tout ce qu'elle prétendait.

(4) *Évocation*, d'*evocare*, faire *venir*, *attirer*; c'est l'attribution à un juge d'une affaire dont la connaissance appartenait à un autre. Nos lois actuelles n'admettent d'évocation que dans le cas de renvoi pour sûreté publique ou suspicion légitime, et d'indication

rendu *facultatif*, tandis qu'il constituait, suivant la législation antérieure, une obligation pour le juge d'appel de prononcer sur le fond de l'affaire, resté indécis en première instance, prouve qu'en général l'effet d'un appel, uniquement fondé sur l'incompétence ou la nullité, est de peu d'importance, si l'on n'est pas certain de justifier le bon droit au fond. En cette circonstance, l'appel ne produirait le plus souvent que la décharge de quelques dépens de première instance, puisque le juge supérieur, *faisant jugement nouveau*, prononcerait comme le premier juge.

Les moyens de forme ne doivent donc entrer en considération, quand il s'agit de conseiller un appel, que comme secondaires, et lorsqu'ils concourent d'ailleurs avec les moyens de fond.

On voit, par ce qui précède, 1° que le jugement d'appel anéantit totalement celui qu'il infirme, et que la décision qu'il prononce devient la loi irrévocable des parties, sauf toutefois le recours en cassation, qui n'est point suspensif de l'exécution. (Loi du 1er déc. 1790, art. 16.)

2° Que, dans le cas où le jugement est confirmé, il reprend toute sa force à l'égard des parties, sauf encore le même pourvoi contre la décision confirmative.

Telle est la doctrine du Code de procédure sur les appels. Il suffit d'en comparer les dispositions avec les règles de la jurisprudence antérieure, pour reconnaître l'importance des améliorations qu'il a faites en cette matière. L'ord. de 1667 n'avait point entièrement atteint le but que ses auteurs s'étaient proposé, de simplifier les anciennes formes; elle présentait elle-même la plus embarrassante complication de celles qu'elle autorisait; et, d'un autre côté, les règlements et usages locaux admettaient des règles particulières, tantôt additionnelles, tantôt dérogatoires à ses dispositions.

La suppression de la différence dans la manière de procéder sur les appellations verbales et sur les appellations par écrit, sur les appels qualifiés d'incompétence et de déni de renvoi, celle des anticipations d'appel et des désertions d'appel, qui n'empêchaient pas un appel nouveau; d'un autre côté, l'uniformité des délais de procédure, autrefois susceptibles d'autant de variations, pour ainsi dire, qu'il y avait de tribunaux différents, et celles des règles sur la péremption; tels sont, entre plusieurs autres, les avantages que l'on doit au nouveau Code (1).

Art. 443. Le délai pour interjeter appel sera de trois mois; il courra, pour les jugements contradictoires, du jour de la signification à personne ou domicile;

Pour les jugements par défaut, du jour où l'opposition ne sera plus recevable.

L'intimé pourra néanmoins interjeter incidemment appel en tout état de cause, quand même il aurait signifié le jugement sans protestation.

Tarif, 176. — Loi du 24 août 1790, tit. V, article 14. — C. comm., art. 52, 581, 582, 583, 645, 648. — C. proc., art. 16, 446, 894, 1033, 1035. — [Devilleneuve, v^ls *Appel civil*, n°s 1 à 87, 160 à 177; *Appel incident*, n°s 1 à 38. — Carré, *Compét.*, 2e part., liv. II, tit. IV, art. 291, *Q.* 334, et 2e part., liv. III, tit. IV, chap. 2, art. 394. — Locré, t. 22, p. 74, n° 1; p. 109 à 113, n°s 3, 4 et 5, et p. 147, n° 3.]

CCCLXVII. Deux excès étaient également à éviter dans la fixation des délais d'appel, celui de la brièveté, et celui de la longueur. Le premier expose à des surprises, des oublis, des injustices irréparables; le deuxième prolonge indéfiniment l'incertitude des plaideurs; les procès n'ont plus de fin; ils se transmettent de génération en génération comme un héritage.

Presque toutes les législations sont tombées dans l'un ou dans l'autre de ces partis extrêmes. Au nombre de celles qui ont admis un terme trop bref, nous citerons le droit romain (2), qui n'accordait que dix jours, à partir de la prononciation; règle adoptée avec quelques modifications dans le Code prussien, et dans les Constitutions sardes.

Notre ancienne jurisprudence fournit un exemple de l'excès opposé. Avant l'ordonnance de 1667, le terme de l'appel était de trente ans; on appliquait au recours que la loi donne contre les jugements les principes reçus en matière de prescription (3). Cette loi le réduisit à dix ans, en faisant en même temps une

---

de juge, et dans celui de l'art. 473. (*Voy.* notre *Traité des lois d'org. et de compét.*, p. 40 et suiv.)

(1) Il est à remarquer que toutes les dispositions contenues au liv. III sont applicables non-seulement dans les cours royales jugeant les appels des tribunaux civils ordinaires et de commerce, mais aussi dans les tribunaux de première instance prononçant sur les appels des justices de paix. C'est la raison pour laquelle ce livre était intitulé, dans la première édition, *des Tribunaux d'appel*, et non des *Cours*, comme il l'a été dans la nouvelle publiée en vertu de l'ordonnance du roi. Ce changement de titre provient d'un défaut d'attention, puisqu'il n'était convenable qu'autant que les dispositions concernant l'appel eussent été exclusivement propres aux *cours royales;* ce qui n'est pas, d'après l'explication que nous venons de donner.

(2) Novelle 23, chap. 1.

(3) *Voy.* la réfutation de ce système, dans l'*Exposé des motifs du titre de l'appel*, par notre respectable et savant compatriote, Bigot de Préameneu.

exception en faveur de celui qui, ayant obtenu jugement, aurait fait à son adversaire une sommation d'appeler. (*Voy.* tit. XXVII, art. 12 et suiv.)

L'assemblée constituante, dans la loi du 24 août 1790, tit. V, art. 14, sut se garder de toute exagération, en accordant, pour l'appel des jugements, un délai de trois mois, à compter de leur signification ; mais cette loi n'appliquait sa disposition qu'aux jugements contradictoires, sans statuer à l'égard de ceux qui étaient rendus par défaut. Ainsi, l'ordonnance et les anciens règléments sur le délai de l'appel des jugements de cette dernière classe continuèrent d'être suivis. (Bordeaux, 25 mai 1832.)

Notre Code a fait cesser cette diversité de législation, en fixant le délai d'appel à trois mois pour tout jugement contradictoire ou par défaut ; disposition qui a mérité l'assentiment général qui fut donné à celle de la loi de 1790, en ce que ce laps de temps suffit pour délibérer si on doit interjeter appel, et pour s'y préparer, et n'est point assez long pour produire une incertitude fâcheuse (1).

Il est à remarquer que le délai d'appel pour les jugements par défaut ne court que du jour où l'opposition n'est plus recevable. On a dû, dit Bigot de Préameneu, songer non-seulement au temps nécessaire pour l'appel, mais encore prendre des précautions particulières, pour que la partie condamnée en eût connaissance ; or, ce double objet a été rempli par la seconde disposition de l'art. 443, puisque, suivant une autre disposition du Code (*voy.* art. 157 et 158), l'opposition contre les jugements par défaut est recevable pendant la huitaine, à compter de la signification à l'avoué qui aurait été constitué, et que, lorsqu'il n'y a point eu de constitution d'avoué, elle est recevable jusqu'à l'exécution du jugement (2).

Après avoir fait cesser toute inquiétude sur ce que les parties condamnées pourraient, par l'infidélité des huissiers, ou même par d'autres accidents, n'avoir pas eu connaissance de la condamnation, il n'y avait plus aucune raison pour que le délai de trois mois ne courût pas à l'égard des jugements par défaut, comme à l'égard de ceux rendus contradictoirement.

Si, comme nous l'avons dit, les délais de l'appel ont été limités pour que le sort de celui contre lequel on peut l'interjeter ne restât pas

---

(1) Mais il y a des jugements dont le délai d'appel est fixé au-dessous de trois mois ; savoir :

1° *Trois jours*, au moins, avant la mise du cahier des charges au greffe, à l'égard du jugement en vertu duquel il a été procédé à la saisie immobilière (article 726) ;

2° *Cinq jours*, à dater du jugement sur les demandes en renvoi pour cause de parenté (art. 377) ;

3° *Même délai*, à dater du jugement sur les demandes en récusation (art. 392) ;

4° *Huit jours*, à dater de la prononciation du jugement qui a statué sur les demandes en nullité des procédures postérieures à l'adjudication préparatoire d'immeubles saisis (art. 736) ;

5° *Dix jours* pour le jugement de distribution par contribution (art. 669) ;

6° *Même délai* pour le jugement d'ordre (art. 763) ;

7° *Quinze jours* pour le jugement en subrogation de poursuite en vente d'immeubles saisis (art. 723) ;

8° *Même délai* pour le jugement rendu sur une demande en revendication d'immeubles saisis (art. 730), ou sur les demandes en nullité des procédures qui ont précédé l'adjudication préparatoire d'immeubles saisis (art. 734) ;

9° *Même délai* pour l'ordonnance sur référé, dans les cas où l'appel est permis (art. 809) ;

10° Enfin, *un mois* pour les jugements d'adoption. (Code civil, art. 357.)

[D'un autre côté, le délai de trois mois est quelquefois prorogé par la loi elle-même, par exemple dans le cas des art. 445 et suiv.

Mais ces abréviations et prorogations étant des exceptions à une règle générale, également introduite en faveur de l'appelant et de l'intimé, il n'est pas permis de les étendre à d'autres cas que ceux prévus, quelle que soit l'analogie. C'est ce qu'enseigne, avec raison, Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 8 ; et un arrêt de la cour de Nîmes a jugé, le 24 août 1810 (Sirey, t. 12 p. 29 ; Dalloz, t. 14, p. 441), que ces délais exceptionnels ne sont applicables qu'à l'appel du jugement rendu entre les parties, par exemple le délai de quinzaine fixé par l'art. 730, pour l'appel d'un jugement qui statue sur une demande en distraction ; mais que, si un tiers y forme tierce opposition, il aura le délai ordinaire de trois mois, pour appeler du jugement rendu sur la tierce opposition.]

(2) La loi de Genève refuse l'appel aux défaillants, et adopte en cela la règle romaine, *contumax non appellat*. Cette règle, qui s'observait en France avant l'ordonnance de 1667, qui fut adoptée, pour les justices de paix, par la loi du 26 oct. 1790, qui fut réclamée pour tous les tribunaux, dans les observations de la cour de cassation sur le projet du Code de procédure, et qui a néanmoins été rejetée, semble fondée en raison, « et nous y sommes revenus, dit Belloc. » (*Voy.* l'*Exposé des motifs de la loi de Genève*, » p. 206.) En effet, l'appel présuppose un tort causé » par le premier juge : comment le défaillant peut-il » s'en plaindre, dès qu'il lui a plu de se taire, de se refuser à l'éclairer? Admettre l'appel des jugements » par défaut, c'est fournir à la partie défaillante, contre l'intention de la loi, le moyen d'éluder le premier degré de juridiction, de saisir la cour d'appel » d'une instruction qui appartenait aux premiers juges, » et de rendre sans effet la double garantie d'une discussion successive devant deux tribunaux différents. »

[L'ord. de Villers-Cotterets de 1539, art. 28, consacrait la règle *contumax non appellat*, dont le sens est que celui qui, après avoir fait défaut, a négligé de former opposition, ou bien a encore laissé défaut sur son opposition, n'est plus recevable à se porter appelant, parce que, sans cela, il trouverait ainsi le moyen d'éluder le premier degré de juridiction.

Mais l'ord. de 1667 abrogea cette règle, dont l'utilité était fort contestable, et le nouveau Code de procédure l'a aussi proscrite par la combinaison de ses articles 443 et 445, d'où il résulte que l'appel est recevable après l'expiration des délais de l'opposition, et qu'il ne l'est même qu'alors.

C'est ce qu'enseigne, avec raison, Boitard, sur l'article 443 et sur l'art. 455.]

trop longtemps incertain ; ces mêmes délais, fixés contre l'appelant, ne sont plus à considérer en sa faveur, lorsque, par l'appel, il a remis en question ce qui avait été jugé; dès lors le droit réciproque d'appel n'est pour l'intimé, pendant ce nouveau combat judiciaire, que celui d'une légitime défense.

Cette défense ne saurait lui être interdite, lors même qu'il aurait signifié le jugement sans protestation; c'est l'appelant qui, par son propre fait, change la position et l'intérêt de son adversaire. Le plus souvent les droits respectifs des parties ont été justement balancés par des condamnations réciproques. L'intimé qui a signifié le jugement sans protester pouvait être disposé à respecter l'intention des premiers juges; mais lorsque, par l'appel, on veut rompre cet équilibre, la justice demande que, pour le maintenir, l'intimé puisse employer le même moyen. Tels sont les motifs pour lesquels l'art. 443, par sa troisième disposition, autorise l'intimé à interjeter incidemment appel en tout état de cause, et que la signification qu'il aurait faite du jugement sans protestation ne puisse lui être opposée. C'est une juste application de la maxime pleine d'équité : *Nihil licere debet actori quod reo non liceat.* (Loi 45, ff. *de reg. juris.*)

§ I. *Délai ordinaire d'appel. — Effets de la signification.*

[1552 bis. *Le délai d'appel est-il réglé par la loi existante au jour du jugement, ou par celle qui est en vigueur au moment de l'appel?*

En faveur de la seconde branche de cette alternative, on dit que, d'après l'art. 1041, C. proc., tous procès intentés depuis sa promulgation seront instruits conformément à ses dispositions, et que cet article est applicable à l'espèce, puisque l'appel est un acte introductif d'une instance nouvelle. (Avis du conseil d'État du 16 fév. 1807.)

Mais à cela, Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 8, répond, avec beaucoup de raison, qu'il faut distinguer, dans l'appel comme dans toute autre matière du ressort de la procédure, ce qui appartient au droit d'avec ce qui appartient à son exercice ou à sa forme. Ce qui appartient au droit, et le délai de l'appel en fait partie, est réglé par la loi sous laquelle il est né, et ne peut être changé par la loi postérieure. Ce qui appartient à l'exercice de ce droit, à sa forme, peut être changé.

Et c'est en effet la seule chose que le Code de procédure ait entendu et pu changer.

Cette doctrine, parfaitement juste, est consacrée par les arrêts des cours de Brux., 13 mai 1807 (Dalloz, t. 2, p. 75; Sirey, t. 7, p. 283), de Paris, 5 janv. 1809 (Dalloz, t. 2, p. 76); de Colmar, 18 nov. 1815 (Dalloz, t. 2, p. 79; Sirey, t. 16, p. 374); cass., 11 oct. 1809 (Dalloz, t. 2, p. 78; Sirey, t. 10, p. 76), 4 mars 1812 (Dalloz, t. 2, p. 77; Sirey, t. 12, p. 194), 1er mars 1820 (Dalloz, t. 2, p. 76; Sirey, t. 20, p. 228), 15 mai 1821; Toulouse, 1er mai 1827 (Sirey, t. 27, p. 148). *Voyez* au reste la *Quest.* 3453.

Mais, relativement à la procédure, il faut suivre la forme tracée par la loi au moment où elle a lieu. Aussi la cour de cassation a-t-elle jugé, le 11 oct. 1809 (Sirey, t. 10, p. 76; Dalloz, t. 2, p. 78), que l'appel d'un jugement par défaut, interjeté sous l'empire du Code de procédure civile, pendant les délais de l'opposition, doit être déclaré non recevable, quoique le procès sur lequel a été rendu le jugement ait commencé avant le 1er janv. 1807. C'est l'art. 455, C. proc., qu'il faut appliquer.]

1553. *Quel est, en général, relativement au délai de l'appel, l'effet de la signification du jugement?*

En général, la signification d'un jugement n'a pour but que de le faire connaître d'une manière certaine à la partie condamnée, afin qu'elle ait à l'exécuter volontairement, et, par une suite nécessaire, d'autoriser la partie à la requête de laquelle cette signification est faite à faire exécuter ce jugement par les voies de droit: la signification d'un jugement n'est donc au fond qu'un acte d'exécution étranger à l'appel.

Il résulte de ce principe, consacré par un arrêt de la cour de cassation du 1er août 1808 (Dalloz, t. 2, p. 109), cité par Berriat Saint-Prix, *du Délai d'appel*, note 41 :

1° Qu'on peut appeler d'un jugement, quoiqu'il n'ait pas été signifié. (*V.* cass. du 17 mars 1806.)

[C'est ce qu'enseignent, avec raison, Merlin, *Rép.*, v° *Appel*, sect. 1re, § 5, n° 2, et Favard, t. 1, p. 168.]

2° Que la signification n'a d'autre influence, par rapport à l'appel, que d'en faire courir le délai (*voir* l'arrêt, déjà cité, du 1er août 1808); mais de le faire courir contre la partie seulement à qui cette signification est faite, et non contre celle qui l'a requise (1).

[Indépendamment des nombreux arrêts indiqués à la note, nous pouvons citer, pour ap-

---

(1) *Voy.* cass., 2 flor. an VII; *Prat. Franç.*, t. 3, p. 26; Bergognié, t. 1, p. 28, et t. 2, p. 37; Nîmes, 13 juill. 1808; *Jurisp. sur la proc.*, t. 2, p. 342; Paris, 18 fév. 1812; le *Comm. des Ann. du Not.*, t. 3, p. 25.

[*V.* les arrêts de la cour de cass. du 3 therm. an VIII (Dalloz, t. 2, p. 148), de Turin du 24 mars 1806, et de Metz des 7 déc. 1810 et 8 mai 1811, qui consacrent la même doctrine. Il en existe encore un de la cour de Colmar du 23 fév. 1828 (Sirey, t. 28, p. 174.)]

puyer cette opinion, l'autorité de Merlin, *Quest. de Droit*, t. 2, p. 155, v° *Délai*, de Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 12, et de Poncet, *Traité des jugements*, n° 325.

Nul ne peut se forclore lui-même par les moyens que la loi lui donne pour forclore son adversaire.

Boitard, t. 3, sur l'art. 443, enseigne néanmoins que la signification fait courir le délai d'appel aussi bien contre la partie qui la fait, que contre celle qui la reçoit. La raison qu'il en donne, c'est que la loi ne distingue pas. Mais on peut opposer d'abord la règle que nous venons de rappeler, et, de plus, l'exception que la loi elle-même croit devoir y faire, dans l'art. 257, en matière d'enquête. Les délais, dit cet article, courent également contre celui qui a signifié le jugement.

Toutefois, pour que celui qui signifie le jugement soit recevable à en appeler, il faut qu'il ait pris les précautions que nous indiquons *infrà, Quest.* 1564.]

1554. *L'art.* 1033 *s'applique-t-il au délai général fixé par l'art.* 443?

En conformité de plusieurs arrêts cités sur la question 1419 *de notre Analyse*, nous avons décidé que l'art. 1033 s'appliquait au délai d'appel, et qu'en conséquence le jour de la signification était le seul qui fût exclu du délai (Rennes, 20 avril 1812), celui de l'échéance y étant compris. Cette opinion, infiniment controversée, ainsi qu'on peut le voir au Code annoté de Sirey, a cessé de l'être depuis deux arrêts de la cour de cass., l'un du 22 juin 1813, l'autre du 15 juin 1814 (Sirey, t. 14, p. 226 à 232; Dalloz, t. 2, p. 101), lesquels ont décidé, par application de l'art. 1033, que le jour de l'échéance n'était pas compris, attendu que l'appel est un acte qui doit être signifié à personne ou à domicile, et qu'aucune loi positive ne l'excepte de la loi générale. (Brux., 22 sept. 1818; J. de B., 1818, 2e, p. 183; *Pasicrisie belge*, à cette date.)

Mais il ne faut pas conclure de là que ce délai admette l'augmentation accordée par le même article à raison des distances. La cour de cass., par arrêt du 8 août 1819 (Sirey, t. 9, p. 406), a décidé le contraire, par la raison que cet article n'impose la nécessité d'une addition de délai proportionnelle aux distances, que dans le cas des *comparutions* sur les ajournements et autres actes qui doivent être faits à personne ou à domicile.

Ainsi la franchise du délai général s'applique tant à la partie qui doit signifier un acte dans le délai déterminé par la loi, qu'à celle qui doit également obtempérer dans un délai à l'acte qui lui a été notifié; mais l'augmentation de ces délais, à raison des distances, n'étant évidemment accordée qu'en faveur de celui qui doit *comparaître*, ne peut s'appliquer au délai donné pour signifier un acte.

[Voyez le développement de notre opinion sous l'art. 1033, *Quest.* 3410.]

1555. *Doit-on compter le délai en ne donnant que trente jours à chaque mois, en sorte que l'appel ne serait pas valablement interjeté après le quatre-vingt-dixième jour qui suivrait la signification du jugement?*

Un arrêt de la cour de Colmar du 16 fév. 1810 (Dalloz, t. 2, p. 93; Sirey, t. 14, p. 153), a résolu cette question pour l'affirmative. Cette cour aura pensé sans doute que le législateur a entendu déterminer un délai fixe, tandis qu'au contraire le délai varierait de quatre-vingt-neuf à quatre-vingt-dix, quatre-vingt-onze ou quatre-vingt-douze jours, si l'on prenait les mois dans la longueur que le calendrier grégorien assigne à chacun d'eux. Les auteurs du Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 3, p. 22, exposent les raisons d'après lesquelles ils estiment que cette décision ne peut être adoptée pour règle de jurisprudence. Nous pensons comme eux que l'art. 443, par cela même qu'il calcule par mois le délai de l'appel, a entendu le composer du nombre de jours qui se trouvent former, suivant le calendrier, les trois mois qui suivent la signification; autrement le législateur eût exprimé, d'une manière positive, que le délai serait de *quatre-vingt-dix jours*, et n'eût pas, en le fixant à *trois mois*, donné lieu à des incertitudes qu'il lui était si facile d'éviter, si son intention n'avait pas été de calculer le délai ainsi que nous venons de le dire(1).

[Aux arrêts cités par Carré, on peut joindre celui de la cour de Turin du 13 fév. 1812, et l'approbation de Favard, t. 1, p. 169, n° 1, et celle de Thomine, n° 491.

C'est le cas de remarquer que, par ses arrêts des 23 niv. an v, 24 frim. an IX, 21 vend. an XI, et 26 germ. an XII (Sirey, t. 1, p. 283, et t. 4, p. 694; Dalloz, t. 2, p. 74), la cour de cassation avait déclaré que, sous le calendrier républicain, les jours complémentaires ne devaient pas compter dans la supputation du délai d'appel.

Quant au point de savoir si, lorsque le dernier jour du délai est un jour férié, le jour suivant est encore utile, *voyez* notre *Question* 651 *bis*.]

1556. *Le délai de trois mois court-il du jour*

(1) Au reste, cette opinion, développée dans les observations de Denevers sur l'arrêt de Colmar précité, a été consacrée par deux arrêts de la cour de cass., l'un du 27 déc. 1811, rendu par la section criminelle, l'autre du 12 mars 1816. (Sirey, t. 12, p. 199, et t. 16, p. 331; Dalloz, t. 16, p. 425.)

de la signification du jugement à domicile élu? [*A la personne d'un mandataire?*]

Oui; ainsi le délai court, 1° du jour de la signification faite, conformément à l'art. 111, C. civ., au domicile élu pour l'exécution de l'acte qui fait l'objet du jugement; 2° du jour de la signification faite, aux termes de l'article 2156, C. civ. (*voy.* aussi l'art. 2148, § 1er), au domicile élu dans l'inscription hypothécaire à laquelle il se rapporte (1).

Mais la signification faite au domicile élu, en conformité de l'art. 422, C. proc., ne ferait pas courir le délai; c'est ce qui résulte de ce que nous avons dit *suprà*, p. 346, sur la *Question* 1517. Il en serait de même de celle qui serait donnée au domicile élu chez l'avoué, conformément à l'art. 61, parce que cette élection, faite pour le procès, cesse dès qu'il est terminé par le jugement définitif.

Mais aussi, d'après l'art. 422, le délai courrait à dater de la signification faite au greffe, dans le cas que cet article détermine. (Riom, 3 fév. 1809; Pigeau, t. 2, p. 69, n° 543, et Demiau, p. 320.)

[Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part. 4, tit. Ier, chap. 1er, sect. 3, art. 4, n° 1, partage l'opinion de Carré, en ce qui concerne la signification faite au domicile élu en vertu de l'article 111, C. civ.; mais elle est repoussée par Favard, t. 1, p. 169, n° 4, et Thomine, n° 492. Notre savant collègue Delpech a, dans une consultation imprimée, soutenu le dernier système en ces termes :

« La raison de l'art. 443, C. proc., exclut la signification au domicile élu.

» L'appel est un bénéfice d'ordre public, dont la partie condamnée ne peut être privée que par un acquiescement formel, ou présumé, d'après l'inaction durant les trois mois qui suivent la signification *à personne ou domicile;* c'est la certitude que le condamné a eu une connaissance parfaite du jugement qui donne tant de force à la présomption résultant de son silence; la notification *à personne* emporte cette certitude. Le texte place sur la même ligne la signification à domicile; il veut donc parler du *domicile réel,* car la signification *au domicile élu* ne saurait donner cette haute certitude.

» Celui-ci n'est qu'un mandat ordinairement conféré à un fonctionnaire qui, par état, est surchargé de mandats semblables. Combien de suppositions ne faut-il pas faire pour rattacher à cette signification *la certitude* que la partie a eu connaissance du jugement! Le mandataire était-il mort ou vivant? présent ou absent de son domicile? a-t-il été diligent ou exact à transmettre la copie signifiée? est-ce à lui qu'on l'aura remise, et les gens de sa maison ou de son étude ne l'auront-ils pas oubliée, dédaignée, comme une chose qui ne l'intéressait pas? sera-t-elle parvenue à la partie?.... Combien de doutes! Qu'il y a loin de là à la certitude résultant de la notification *à personne* ou *au domicile réel!*

» On a beau dire : Le jugement est censé connu, puisqu'il a été contradictoire. C'est une question grave que celle d'un appel; le jugement ne doit pas être attaqué sans mûr examen. Il faut l'avoir dans les mains et sous les yeux pour prendre conseil, pour apprécier ses qualités, ses motifs, sa régularité, ses conséquences. — La loi a donc voulu, parce qu'elle a dû vouloir, et que son texte l'indique, la plus haute certitude possible.

» La raison de l'art. 111, C. civ., exclut son application aux significations et actes d'exécution des jugements.

» Cet article autorise une dérogation au droit le plus précieux garanti à tout Français par la loi fondamentale. Les limites de l'exception doivent donc être soigneusement observées.

» Quelle est cette exception?

» Il sera permis aux parties d'élire *dans un acte un domicile spécial pour l'exécution de cet acte.*

» Mais de ce que la loi a voulu faciliter l'*exécution* des conventions, lorsque les parties l'ont jugé convenable, s'ensuit-il qu'elle a voulu étendre cette facilité *à l'exécution des jugements rendus* à l'occasion de ces *conventions?...*

» La position des parties change par le jugement qui a été rendu. — Jusque-là, les *demandes, poursuites* et *significations* que la loi autorise au domicile élu, se rattachent à l'acte qui contient cette élection parfaitement connue des parties; elles ont dû prévoir et exécuter toutes les chances et tous les actes de cette exécution, et prémunir leur mandataire contre toute surprise. — Mais le jugement a toujours une autre portée, d'autres suites, bien souvent des conséquences inattendues (des dommages, par exemple), qui aggravent notablement l'intérêt du contrat et tiennent à des causes accidentelles. C'est donc un *titre nouveau* pour l'exécution duquel l'élection de domicile non-seulement ne saurait plus avoir de force quand les parties n'ont rien prévu à cet

(1) [Sous la loi du 11 brum. an VII, le jugement qui déboutait un créancier de la revendication d'une partie des biens saisis, pouvait être signifié, pour faire courir les délais de l'appel, au domicile qu'il avait élu, sur une inscription prise sur l'autre partie des biens. (Nîmes, 22 août 1807; Dalloz, t. 14, p. 497; Sirey, t. 7, p. 677.)]

égard, mais serait absolument prohibée, la faculté donnée par l'art. 111, C. civ., étant limitée *à l'exécution des actes*. »

Sur cette consultation, la cour de Toulouse rendit, le 11 août 1836, un arrêt qui en confirma les principes, et décida, ainsi que l'avait déjà fait la cour de Colmar, le 7 août 1832, que la signification au domicile élu ne faisait pas courir le délai de l'appel. Déjà, sous l'empire de l'ord. de 1667 et de la loi du 24 août 1798, la cour de cass. avait jugé le 22 brum. an XII, qu'on ne pouvait faire courir ce délai par une signification faite au domicile élu pour les exécutions. Enfin, la même doctrine avait été consacrée par la cour de Turin, le 29 nov. 1809 (Dalloz, t. 14, p. 498; Sirey, t. 14, p. 392), et par celle d'Agen, le 6 fév. 1810 (Sirey, t. 14, p. 193; Dalloz, t. 14, p. 499), dans des espèces où il s'agissait de la signification faite au domicile élu pour l'exécution d'une lettre de change. La cour de cass. l'a de nouveau implicitement adoptée en jugeant, les 3 fév. 1817 et 3 août 1818, que semblable signification ne fait pas courir les délais du pourvoi en cassation.

Ces raisons et ces autorités ne nous paraissent pas suffisantes pour contre-balancer celles que nous avons développées sur la *Quest.* 608, où nous adoptons l'opinion émise sur celle-ci par Carré, contrairement à sa solution du n° 608.

Mais sur la seconde partie de la question nous ne partageons pas le sentiment de Carré.

Dans les instances commerciales qui ne sont pas terminées par un jugement définitif dès la première audience, les parties sont tenues, on le sait (art. 422), d'élire domicile au lieu où siége le tribunal de commerce, et, à défaut de cette élection, toutes les significations, même celle du jugement définitif, seront valablement faites au greffe du tribunal.

Que faut-il penser de la signification faite, soit à ce domicile spécial d'élection, soit à celui que la loi lui substitue? Faut-il la traiter comme celle qui aurait lieu en vertu de l'article 111, C. civ.? Fera-t-elle aussi courir les délais de l'appel?

Non, d'après les cours de cass., 2 mars 1814 (Dalloz, t. 2, p. 113; Sirey, t. 14, p. 119), Poitiers, 28 nov. 1822, Brux., 25 avril 1821 (J. de B., 1821, t. 1, p. 193; Dalloz, t. 4, p. 404), Colmar, 5 août 1826 (Sirey, t. 28, p. 47), Rennes, 20 déc. 1827 (Sirey, t. 28, p. 129), Lyon, 28 janv. 1828 (Sirey, t. 28, p. 236).

Oui, d'après les cours d'Orléans, 14 fév. 1815 (Sirey, t. 16, p. 204; Dalloz, t. 18, p. 449), Colmar, 4 août 1813, Metz, 27 juill. 1814, et Dijon, 27 mars 1828.

Coffinières, en rapportant l'arrêt de la cour de Colmar, se prononçait aussi sans hésitation pour cette dernière opinion. Mais Berriat, note 10, et Talandier, n° 213, professent le système opposé.

Dans ce conflit, nous devons rechercher quel est le système de la loi, examiner quelles raisons on trouve dans chaque arrêt, et adopter l'avis qui nous paraîtra fondé sur les raisonnements les plus solides.

Qu'a-t-on dit d'abord pour étendre les effets de la signification au greffe du tribunal de commerce? 1° L'art. 443 n'a parlé d'une signification à personne ou domicile que pour les cas généraux, et, dès que l'art. 422 permet la signification au greffe, c'est une exception; 2° l'art. 645, C. comm., fait commencer le délai de l'appel à dater de la signification, sans répéter à personne ou domicile, sans doute parce que ses rédacteurs avaient sous les yeux l'art. 422, C. proc.; 3° les affaires commerciales sont régies par une législation spéciale, et c'est dans le Code d'exception qu'il faut puiser la solution des questions de cette nature; 4° l'article 111, C. civ., prouve encore que la signification a pu être faite au domicile légal de l'art. 422.

On a répondu, pour prouver l'inefficacité de la signification : 1° l'art. 443 contient une règle générale à laquelle un article précédent, l'art. 422, n'a pas pu déroger; il faudrait d'ailleurs une dérogation expresse à un principe si formel; 2° l'art. 645 ne contient pas une disposition assez claire, assez précise, pour qu'on puisse y trouver une dérogation à l'article 443; 3° les motifs de l'art. 443, qui ont été d'éviter toute surprise, existent aussi bien en matière commerciale qu'en matière ordinaire; 4° l'art. 111 n'est point applicable, parce qu'il a pour objet le domicile conventionnel et ne peut être étendu au domicile judiciaire qui a des bornes particulières, et doit être restreint à son cas.

Voilà, nous pouvons en garantir l'exactitude, les motifs présentés à l'appui des deux opinions, et, après avoir longtemps hésité, nous avons cru devoir préférer celle de Coffinières qui nous a semblé plus conforme à l'esprit et au texte de la loi. Ses raisons nous ont paru plus concluantes.

Qu'il nous soit permis d'ajouter quelques développements à l'opinion que nous adoptons, pour réfuter l'opinion contraire que nous croyons erronée.

D'abord on tire un argument de l'art. 443, en ce qu'il est général et absolu : il faut, dit-on, que l'appel soit signifié à personne ou à domicile; mais ne peut-on pas retourner l'argument et dire : L'art. 422 est général et absolu : au greffe du tribunal, toute signification, même celle du jugement définitif, sera faite valablement? — Où voit-on que la loi restreigne l'effet de cette signification à l'exécution du jugement? et si, en règle générale, pour exécuter un jugement, il faut qu'il soit préalablement

signifié à personne ou domicile, pourquoi l'article 422 fera-t-il plus fléchir cette règle générale que celle contenue dans l'art. 443? — Quand la signification d'un jugement définitif est valable, elle fait courir les délais d'opposition et d'appel, et elle autorise l'exécution du débiteur; il faudrait, pour lui ôter un de ces effets, une disposition expresse de la loi, et c'est le cas de dire que cette dérogation ne se trouve pas dans l'art. 443, C. proc. La cour suprême elle-même nous paraît avoir changé de jurisprudence, le 13 nov. 1822 (Sirey, t. 23, p. 79; Dalloz, t. 18, p. 389); car elle a décidé que cette signification faisait courir les délais d'opposition, « parce que, a-t-elle dit, le législateur a eu pour objet de favoriser la prompte expédition des affaires commerciales; que le domicile dont parle l'art. 422, n'est pas un de ces domiciles librement élus par les parties et qui ne sont censés l'être que pour l'instruction; que celui-là est un domicile exigé par la loi, ou donné par elle, non-seulement pour l'instruction, mais pour que toute signification, même celle du jugement définitif, y soit faite valablement; d'où il résulte que le délai de se pourvoir par opposition court du jour d'une semblable notification. » Avouons-le, nous ne voyons pas les motifs qui auraient porté le législateur à établir en matière commerciale, où les trois quarts des affaires se jugent en dernier ressort, une différence entre l'opposition et l'appel. Il y a plus, l'art. 645 nous paraît devoir trancher la question : il est postérieur à l'art. 443, il peut bien y déroger, et il ne répète pas ces mots *à personne ou domicile :* ce n'est pas une dérogation expresse, ajoute-t-on; mais il faut voir ici que nous n'employons cet argument que pour corroborer un système déjà fortement établi par l'ensemble même des dispositions du Code de procédure..

Nous croyons pouvoir conclure de tout ce qu'on vient de lire que la signification du jugement définitif au greffe, dans le cas de l'article 422, doit avoir tous les effets d'une signification faite à personne ou domicile, et, par conséquent, faire courir les délais d'appel.

La cour de Trèves a implicitement confirmé les deux opinions par nous émises sous ce numéro, en décidant le 23 juill. 1810 (Sirey, t. 11, p. 467), que l'élection de domicile faite dans l'acte d'opposition à un jugement par défaut d'un tribunal de commerce n'équivaut pas à celle qui doit, d'après l'art. 422, être mentionnée sur le plumitif de l'audience, en sorte que la signification du jugement rendu sur cette opposition ne peut faire courir les délais d'appel, si on l'adresse au domicile élu.

On sent que, par une raison plus puissante encore, la signification du jugement ne peut faire courir le délai de l'appel lorsqu'elle est faite en la personne d'un mandataire dont les pouvoirs étaient expirés (Rennes, 10 juin 1816; Dalloz, t. 22, p. 278), comme ils le seraient par la mort de son mandant. (Colmar, 25 janv. 1818.) C'est alors aux héritiers, collectivement, et au domicile du défunt que la signification doit être faite (art. 447).]

1557. *La signification nulle a-t-elle néanmoins l'effet de faire courir le délai? [Doit-elle être faite sur une copie directe de l'expédition?]*

La première branche de la question a été jugée pour la négative, par arrêt de la cour de cassation du 5 août 1807, attendu qu'une signification nulle doit doit être considérée comme si elle n'avait jamais été faite. (Sirey, t. 7, p. 128; Dalloz, t. 14, p. 405.)

[Cette solution est incontestable et enseignée par Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 11, Favard, t. 1, p. 170, n° 5, Thomine, n° 492, et Talandier, n° 144.

Mais lorsque la partie, s'apercevant de la nullité de la signification, prend la précaution de la renouveler d'une manière régulière, il est clair que le délai commence à courir utilement à compter du jour de cette seconde signification. Aussi, ne comprenons-nous pas un arrêt de la cour de Trèves du 6 mai 1812, qui décide que la seconde signification, faite durant le cours de l'instance d'appel, ne pouvait faire courir les délais, si elle ne contenait pas désistement de la première. Les circonstances de fraude qui existaient dans l'espèce peuvent expliquer, mais non justifier cet arrêt.]

Il faut remarquer en outre, *premièrement* que si l'acte de signification était en lui-même régulier, mais que la copie qu'il contiendrait du jugement fût tronquée et imparfaite, par exemple, si elle ne contenait qu'un extrait de ce jugement, si les qualités y étaient omises, on devrait encore décider que la signification ne ferait point courir le délai.

[Pour que la partie puisse voir s'il est de son intérêt d'appeler, il faut qu'on lui fasse connaître le jugement dans son entier. Vainement pour s'en dispenser, et pour se borner à signifier le dispositif, dirait-on, avec la cour de Turin le 16 prairial an XI, qu'il suffit de faire connaître à la partie l'existence du jugement, dont elle peut bien, si cela lui convient, demander une expédition au greffier. Ce n'est pas ainsi que la loi l'a entendu : puisqu'elle fait courir le délai du jour de la signification, elle veut que cette signification fournisse par elle-même tous les renseignements qui peuvent être utiles pour éclairer la partie qui a été condamnée sur le parti qu'il lui convient de prendre. Le délai ne serait-il pas illusoire pour celui qui n'aurait pas les moyens de se procurer une expédition, s'il courait à partir d'une signification incomplète du jugement?

Au reste, la cour de Turin est revenue sur

sa jurisprudence, le 30 janv. 1811 (Dalloz, t. 2, p. 111), et les cours de Metz, 27 juin 1826, et de Grenoble, 13 juin 1827, ont sanctionné sa nouvelle opinion, qui est aussi celle de Thomine, n° 492, et de Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 11, n° 3.]

Secondement, qu'il en serait ainsi dans le cas où la signification aurait été faite à la requête d'un individu qui, se disant héritier de la partie qui aurait obtenu le jugement, ne justifierait pas de sa qualité, sur laquelle on pouvait élever des doutes. En effet, la loi, en faisant courir le délai du jour de la signification du jugement, présuppose qu'elle a été légalement faite par la partie même en faveur de qui ce jugement a été rendu, ou par son légitime représentant, *à un titre reconnu et incontestable* (1).

[Enfin et en général, la signification doit être conforme aux règles tracées par la loi pour les exploits ordinaires, règles dont nous avons exposé et résolu les difficultés sur l'article 61, où plusieurs des arrêts cités sont rendus dans des espèces relatives à des significations de jugement. (*V.* aussi notre *Question* 1560 *bis*.)

On demande en outre si, pour faire courir le délai de l'appel, la signification du jugement doit être faite sur l'expédition, ou si elle peut avoir lieu d'après une copie déjà reçue en signification par la partie qui veut signifier à son tour?

Sans doute pour faire exécuter un jugement, il faut être porteur de l'expédition, il faut même que cette expédition soit revêtue de la formule exécutoire. C'est la disposition formelle de l'art. 545, C. proc. civ., fondée sur ce que l'exécution forcée ne peut résulter que de la puissance et de l'autorité publique, lesquelles ne prêtent leur appui qu'à la partie qui a obtenu semblable expédition ; ainsi la signification faite sur une copie de copie ne serait pas le préliminaire valable d'une exécution. (*Voyez*, sur l'art. 545, la discussion de cette question et une consultation de M. Carles.)

Mais quel motif pourrait-on invoquer pour soutenir qu'elle ne fait pas courir le délai de l'appel? Faut-il pour cela que l'acte signifié soit exécutoire? Non, il suffit qu'il soit authentique. Or, la copie l'est aussi bien que l'expédition, puisqu'elle est certifiée par des officiers publics compétents. Telle est l'opinion exprimée par Thomine, n° 492, et sanctionnée par les arrêts des cours de Montpellier, 27 mai 1829 (Sirey, t. 30, p. 133), et de Caen, 26 juin 1837. On trouve néanmoins un arrêt contraire, rendu le 17 janv. 1829, par la cour de Besançon. Cette cour nous paraît avoir confondu les principes de l'exécution avec ceux du délai d'appel.]

1558. ***La signification à personne ou à domicile fait-elle courir le délai d'appel, quoiqu'elle n'ait pas été précédée de la signification à avoué.***

Pigeau, t. 1, p. 192, n° 310, induit de la disposition de l'art. 147 que la signification à personne ou domicile doit avoir été précédée de la signification à avoué. Les auteurs du Praticien (voy. *Jurisp. sur la procéd.*, t. 3, p. 199) soutiennent la même opinion. Voici ce qu'on peut dire en sa faveur : L'art. 443 porte que le délai pour interjeter appel court du jour de la signification à personne ou domicile, et semble ne laisser aucun doute sur l'affirmative de la question ; mais il n'en est pas ainsi lorsqu'on rapproche cet article de l'article 147, qui dit que, s'il y a avoué en cause, le jugement ne pourra être exécuté qu'après avoir été signifié à avoué ; or, quel est le motif de cette dernière disposition? C'est que l'avoué, étant *dominus litis*, doit connaître tous les actes qui concernent le procès, même ceux qui sont signifiés à la partie, afin de l'aider de ses conseils sur le parti qu'elle a à prendre par suite de ces actes. Si donc on fait courir les délais par une signification à partie qui n'aurait pas été préalablement faite à l'avoué, c'est aller contre les motifs de l'art. 147, c'est contrevenir à sa disposition.

Nous répondons que si l'art. 147 exige que la signification du jugement soit faite à avoué, et qu'il en soit fait mention dans celle qui est faite à partie, c'est bien moins dans l'intention que la partie reçoive les conseils de son avoué sur le parti qu'elle aurait à prendre relative-

---

(1) Par exemple, on ne saurait dire que la signification aurait été faite à la requête d'une partie ayant qualité à ce titre, si elle avait eu lieu au nom d'un enfant naturel, qui s'est borné à se qualifier de fils et unique successeur de la personne qui a obtenu le jugement, sans exprimer qu'il est fils naturel ou légitime, sans justifier qu'il n'est pas adultérin, ou que les héritiers légitimes eussent répudié la succession. Il est certain qu'en ce cas, la partie à laquelle le jugement aurait été signifié n'aurait pu reconnaître un légitime contradicteur dans ce soi-disant héritier, et que le délai pour interjeter appel n'aurait pu courir contre elle, du moins jusqu'à ce qu'il eût été justifié de la qualité d'héritier. (*Voy.*, pour la forme de la signification, *suprà*, n° 612; Nîmes, 29 janv. 1811; Sirey, t. 11, p. 435; Dalloz, t. 2, p. 114).

[D'ailleurs, la personne à la requête de qui la signification est faite doit être *capable*, comme le fait observer Favard, t. 1, p. 171, n° 6; par exemple, un mort civilement ne pourrait, par une signification à sa requête, faire courir les délais d'appel. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation, le 23 nov. 1808 (Sirey, t. 8, p. 537).

Mais, si la signification est faite à la requête de la personne qui a figuré au jugement, quoiqu'en réalité elle n'eût point d'intérêt dans la cause, la signification est valable et fait courir les délais. (Angers, 11 avril 1821; Sirey, t. 22, p. 375.)

ment à l'appel, qu'afin de mettre l'avoué à portée de faire, sur l'exécution de ce jugement, les actes que la loi exige de cet officier ministériel, en l'obligeant, par l'art. 1038, à occuper sur l'exécution des jugements définitifs, lorsqu'elle a lieu dans l'année de la prononciation; qu'ainsi l'on doit décider, comme l'a fait la cour de Liége, par l'arrêt cité sur notre *Question* 610, que l'art. 147 ne concerne que l'exécution des jugements, et n'a aucun rapport au cours des délais de l'appel (1).

[Nous avons développé notre opinion, contraire à celle de Carré, sous le n° 608 *bis*. (*Voyez* aussi notre *Quest.* 613.)]

1559. *Si plusieurs parties ont obtenu un jugement conjointement, et si l'une d'elles seulement en fait faire la signification, cette signification profite-t-elle aux autres, en faisant courir en leur faveur le délai d'appel?*

La cour de cassation a prononcé négativement sur cette question, le 17 prair. an XII (Dalloz, t. 2, p. 91, et t. 6, p. 385; Sirey, t. 4, p. 713), en déclarant que les parties qui n'avaient pas fait signifier le jugement ne pouvaient se prévaloir des diligences faites par celle qui l'avait obtenu conjointement avec elles.

Il faut remarquer que cet arrêt, rapporté par Coffinières, dans la *Jurisp. des cours souv.*, a été rendu par application de l'article 14 du tit. III de la loi du 25 août 1790. Mais, comme le fait observer cet arrêtiste, l'art. 443, C. proc., fixe également le délai d'appel *à trois mois du jour de la signification du jugement;* d'où l'on peut conclure que la question ci-dessus posée serait résolue de la même manière (2).

[*Voir* nos observations sur la *Quest.* 1565.]

1560. *Lorsqu'un jugement est rendu contre une compagnie, et qu'il n'est signifié qu'au gérant de cette compagnie, le délai d'appel court-il contre chacun des associés?*

Les auteurs du Comm. des *Ann. du Not.*, citent un arrêt de la cour de Paris du 25 mai 1809, qui a décidé que la signification faite au gérant d'une compagnie contre laquelle le jugement était rendu produisait le même effet que si elle était faite à chaque associé en particulier; que par conséquent les trois mois d'appel couraient, contre chacun d'eux, à compter du jour de cette signification.

[On trouve, t. 1, p. 327, *Quest.* 287 *bis*, les principes à l'aide desquels cette question doit être résolue; il en résulte que, si la compagnie défenderesse est une société civile, la signification ne peut être valable vis-à-vis de chacun de ses membres, qu'autant qu'ils ont reçu individuellement la copie. On décide autrement à l'égard d'une société commerciale, parce que celle-ci, étant un être collectif, peut recevoir collectivement, sous la raison sociale ou sous le titre anonyme qui la distingue, toutes les significations qui l'intéressent.

Un arrêt de la cour d'Orléans du 16 déc. 1813, range sur la même ligne les sociétés contractées pour un seul objet de commerce, et que l'on nomme sociétés en participation. Ces sociétés n'ayant point de titre connu ne nous semblent pas constituer un être moral; conséquemment nous ne pensons pas qu'elles puissent recevoir collectivement la signification d'un jugement. Il est vrai que, prévoyant cette difficulté, et s'appuyant, d'un côté, du § 6 de l'art. 69, qui permet de laisser la copie au domicile de l'un des associés, et, de l'autre, de cette considération, que la décision d'un procès est un objet pour lequel les parties ont un seul et même intérêt, la cour d'Orléans décide que la signification peut être faite en

(1) Cette opinion est aussi celle de Berriat. Le système adopté par la cour de Liége, dit-il, note 42, paraît plus conforme, soit aux principes, soit à la loi, puisqu'elle ne parle point de la signification préalable à avoué.

Ainsi, nous persistons dans l'opinion que nous avons émise sur la *Quest.* 610. Mais nous ajouterons que Berriat l'appuie d'un autre arrêt, qui est celui de la cour de Riom du 27 déc. 1800. A ce sujet, nous remarquerons que cet arrêt n'a pas décidé la question, puisque, dans l'espèce, il était constant que la signification avait été faite à l'avoué; il a seulement prononcé que celle qui avait eu lieu à personne ou à domicile, faisait courir le délai, encore bien qu'elle ne contînt pas mention de la première. (Voy. *Quest.* 613.) Nous ajouterons qu'il faut que la signification ait lieu à la requête de la partie qui a obtenu le jugement, et non à la requête de l'avoué (Brux., 12 janv. 1812; Sirey, t. 14, p. 361; Dalloz, t. 2, p. 114); et que, dans ce cas-là même, elle ne ferait pas courir le délai, si l'exploit ne contenait pas la mention expresse que le jugement a été signifié, et que la copie en a été laissée à la partie. (Cass., 3 nov. 1818; Sirey, t. 19, p. 129; Dalloz, t. 2, p. 399.)

[Cependant, nous ferons observer, avec Berriat, *De quelques Règles générales de la procédure,* note 11, n° 1, que le mot *signification* ne nous paraît pas sacramentel; il suffit qu'on fasse mention que copie a été laissée. C'est ce qu'a jugé la cour de cass., le 19 nivôse an XII (Sirey, t. 4, p. 59. — *Voir* nos questions sur l'art. 68).]

(2) Il est à remarquer qu'un arrêt de la même cour du 28 déc. 1808 (Merlin, *Répert.*, v° *Signification*, p. 226), consacre une exception, relativement à la signification d'un jugement d'ordre. Cet arrêt a décidé que cette signification, faite à requête du créancier poursuivant aux divers créanciers qui s'étaient présentés à l'ordre, fait courir le délai de l'appel pour et contre chacun d'eux respectivement, parce que le créancier poursuivant l'ordre est, exclusivement à tout autre, chargé de tous les actes nécessaires pour parvenir à la confection de l'ordre, etc.

une seule copie à l'un des associés en participation.

Le premier de ces arguments porte à faux; car ce ne sont pas les associés que l'art. 69, § 6, permet d'assigner au domicile de l'un d'eux, mais bien la société : or, la société en participation, n'existant pas comme personne civile, ne peut être assignée. Ce sont les associés qui doivent l'être personnellement, ce sont eux qui doivent recevoir la signification du jugement qui les condamne; ce qui n'aura certainement pas lieu, si un seul la reçoit.

Quant au second argument, il est sans force. Qu'importe en effet que tous les associés aient un semblable intérêt à la décision du procès? Si cet intérêt n'est pas indivisible, rien ne s'oppose à ce qu'il soit jugé séparément et différemment à l'égard de chacun d'eux.]

[1560 bis. *Qui a qualité pour faire la signification et pour la recevoir?* (1).

Pour faire la signification et pour la recevoir valablement, il faut avoir la libre administration de ses biens.

Ainsi le mineur ne peut, en son propre nom, signifier le jugement qu'il a obtenu, ni recevoir la signification de celui que son adversaire a obtenu contre lui. Son tuteur a seul capacité pour cela; encore la signification qui serait faite à celui-ci ne serait-elle valable qu'autant qu'elle l'aurait été en même temps au subrogé tuteur. (*Voir* nos questions sur l'art. 444.)

De même le mineur émancipé, le prodigue, la femme mariée ne peuvent, seuls, faire ni recevoir toutes les significations : ils doivent, suivant les cas déterminés par la loi, agir et être actionnés conjointement avec leur curateur, leur conseil, leur mari. (*Voy.* notre *Quest.* 1591.)

Voici en outre quelques applications particulières du principe :

1° Un émigré ne pouvait former valablement une action judiciaire; ainsi, la signification à sa requête d'un jugement qu'il avait obtenu ne faisait pas courir les délais d'appel (cass. 23 nov. 1808; Sirey, t. 8, p. 537);

2° Le failli, étant dessaisi de l'administration de ses biens, semblerait ne pouvoir faire non plus aucune signification. Mais l'incapacité qui le frappe n'est que relative, les créanciers de la faillite peuvent l'invoquer, les tiers n'en ont pas le droit (Lyon, 25 août 1828; Sirey, t. 29, p. 13);

3° Pour que la notification faite à la mère remariée et à son nouveau mari d'un jugement rendu contre un enfant mineur de la première, soit valable et efficace, il faut justifier que, depuis son nouveau mariage, la mère a été réélue tutrice (Paris, 10 mai 1810; Dalloz, t. 24, p. 206; Sirey, t. 15, p. 146);

4° Lorsqu'un mineur a, dans un procès, des intérêts distincts de ceux de son tuteur, le jugement pour faire courir les délais d'appel contre l'un et l'autre, doit être signifié au tuteur, tant en son nom personnel qu'en sa qualité de tuteur (cass., 30 mars 1825; Sirey, t. 25, p. 419);

5° La signification d'un jugement au syndic ou directeur d'une union de créanciers ne fait pas courir les délais de l'appel contre les créanciers qui n'ont pas accédé au contrat d'union (cass., 11 therm. an XII);

6° Sous l'empire de la loi du 6 brum. an V, pour qu'une signification de jugement faite à un militaire absent pût faire courir les délais d'appel, il n'était pas nécessaire qu'elle fût précédée d'un cautionnement, comme pour l'exécution. (Cass., 19 déc. 1826; Sirey, t. 27, p. 68.)

Mais nous pensons que si un changement d'état a eu lieu, depuis que le jugement a été rendu, ou même les qualités contradictoirement posées, ce changement d'état, qui n'aura pu arrêter le jugement, ne pourra non plus, s'il n'est pas notifié, obliger la partie qui a obtenu gain de cause à signifier son jugement suivant ce que le nouvel état semblerait exiger. Elle est censée l'ignorer; il n'en est pas de la signification du jugement, complément de la première instance, comme de l'acte d'appel qui ouvre une nouvelle instance. (V. *Quest.* 1646 *quater*.) Néanmoins Talandier, n° 145, croit devoir placer ces deux actes sur la même ligne. (*Voy.* la *Quest.* 1591.)]

1561. *Le délai de l'appel court-il, relativement à un jugement qui ordonne un serment, du jour de la signification de ce jugement, ou seulement du jour de la prestation de ce serment?*

On pourrait dire que le délai ne court que du jour auquel le serment est prêté, parce que c'est à cette époque seulement que le jugement cesse d'être conditionnel, qu'il reçoit sa perfection, et que la partie condamnée a intérêt à se pourvoir, puisque, sans la prestation du serment, le jugement n'aurait produit aucun effet.

Mais la cour de Brux., par arrêt du 8 juill. 1807 (Sirey, t. 9, p. 539), a considéré que le jugement était parfait dès l'instant où il avait été rendu, et que l'obligation imposée à l'une des parties de prêter le serment ne fait qu'en suspendre l'exécution. Elle a conséquemment décidé que le délai d'appel courait du jour de la signification du jugement. Cette décision ne

(1) [Voy. *suprà*, la *Quest.* 1557, et la note de Carré.]

nous paraît pas susceptible de controverse, la prestation du serment n'étant que l'exécution du jugement qui l'a ordonné.

[Dalloz, t. 2, p. 116, à la note, adopte, avec raison, cet avis, que la cour de Pau a aussi consacré, le 17 avril 1837.]

1562. *Quand un jugement est nul en sa forme constitutive et intégrale, la signification fait-elle courir le délai d'appel?*

Pour la négative de cette question, on peut citer Pothier, *Oblig.*, n° 869, en ce qu'il dit qu'un jugement nul, qui a été rendu contre la forme judiciaire, ne peut avoir l'*autorité de la chose jugée*, à moins que la nullité n'ait été couverte. Cette décision se fortifie, dirait-on, de la disposition de la loi 1re, § 2, livre XLIX, tit. VI, ff. : *Item cùm contra sacras constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur*. On conclurait de là qu'en principe un jugement nul ne peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et que, par conséquent, il n'y a pas de délai fatal pour l'attaquer par voie d'appel.

Mais la cour de Brux., par arrêt du 7 janv. 1808 (Sirey, t. 10, p. 502; Dalloz, t. 2, p. 108), a décidé, au contraire, que, la nullité d'un jugement ne pouvant être proposée que par la voie de l'appel, la partie à laquelle ce jugement est signifié doit se pourvoir dans le délai requis. Cette décision est certaine, et ne nous paraît pas absolument opposée à la doctrine de Pothier, attendu que la nullité se trouve couverte par le défaut de pourvoi dans le délai fixé par la loi; or, Pothier convient qu'un jugement nul peut acquérir l'autorité de la chose jugée, si la nullité est couverte.

Ce que nous disons ici s'applique nécessairement aux jugements qui seraient nuls pour cause d'incompétence (cass., 26 therm. an IV; Dalloz, t. 2, p. 106; Sirey, t. 20, p. 470); et dans tous les cas on peut appeler d'un jugement nul, quelle que soit la modicité de l'objet sur lequel il a prononcé. (*Voy.* Berriat, *h. t.*, note 11.) En effet, un jugement nul ne peut subsister; et, les premiers juges ne pouvant se réformer, il est rigoureusement nécessaire d'admettre le recours vers les juges supérieurs, s'il n'est pas susceptible d'opposition (1).

[Il est certain que tout jugement doit subsister quels que soient les vices dont il est entaché, tant qu'il n'a pas été attaqué par les voies de droit. Cette doctrine, enseignée par Merlin, *Rép.*, v° *Appel*, sect. 1re, § 5, Favard, t. 1, p. 171, n° 7, Berriat, *id.*, note 11, est consacrée en outre par les arrêts de la cour de cass. des 25 fév. 1812 (Dalloz, t. 2, p. 107; Sirey, t. 12, p. 207), 7 oct. 1812 (Sirey, t. 13, p. 82; Dalloz, t. 2, p. 136), et de Nîmes, 30 décembre 1812 et 15 déc. 1830.

Mais, dans le dernier alinéa de la question ci-dessus, Carré semble dire qu'on pourrait appeler, pour nullité de forme, même d'un jugement qui, au fond, aurait statué sur un objet susceptible du dernier ressort. Il appuie cette opinion de celle de Berriat. Tout ce qui nous paraît résulter des expressions de ce dernier auteur, c'est que le jugement en dernier ressort ne peut non plus être regardé, dans aucun cas, comme nul de plein droit, et que les voies légales doivent être employées pour faire prononcer sa nullité, ce qui est hors de toute contestation.

Mais contre un jugement en dernier ressort, il n'y a pas d'autre voie légale que celle de la cassation; l'appel est impossible. Favard, t. 1, p. 171, n° 7, fait la même observation.]

[**1562** *bis*. *La connaissance que peut avoir une partie du jugement rendu contre elle, par toute autre voie qu'une signification régulière, fait-elle courir les délais de l'appel?*

La solution affirmative de cette question serait trop directement en opposition avec le texte formel de notre article pour qu'on puisse hésiter à la rejeter.

Quelle circonstance plus décisive, pour établir la connaissance qu'a acquise une partie du jugement rendu contre elle, que l'appel qu'elle en relève avant d'avoir reçu une signification?

Et pourtant il a été maintes fois décidé, notamment par la cour de cass. le 16 avril 1819 (Sirey, t. 20, p. 470), que, si ce premier appel est nul, la partie est toujours en droit d'en faire un autre, tant que trois mois ne se sont pas écoulés depuis la signification, quel que soit le délai qui sépare ce second appel du premier. (*Voy.* la question suivante.)]

[**1562** *ter*. *La partie qui avait relevé appel sans attendre la signification, et qui succombe avant de l'avoir reçue, ou du moins avant que les délais soient expirés, est-elle admissible à former un nouvel appel?*

Oui, si elle succombe par un motif indépendant du fond, tel qu'une nullité de forme, une fin de non-recevoir, etc.

Non, si la cour a déclaré l'appel mal fondé.

(1) Ce n'est qu'une conséquence de ce que nous avons établi à la note 5 des préliminaires de ce titre, et l'on peut encore y ajouter un arrêt de Rennes du 15 mars 1809, qui décide qu'une cour d'appel n'a le droit de déclarer ses arrêts nuls ou de les réformer, qu'autant que les parties les ont entrepris par les voies que les lois leur tracent, et qu'ainsi elle ne peut faire droit à des conclusions prises, à cet égard, par le ministère public, dans l'intérêt de la loi.

En effet, dans le premier cas, les juges d'appel n'ayant pas examiné le fond de la cause, en le leur représentant, on ne les appelle pas à juger de nouveau la même question; l'exception de la chose jugée n'est pas applicable. La partie qui aura régularisé son appel, soit en réparant la nullité qui le viciait, soit en faisant disparaître la fin de non-recevoir qui paralysait momentanément son action, sera admise à demander aux mêmes juges une décision sur le fond, qui ne leur avait pas été soumis. Tels sont les motifs de l'arrêt cité sur la précédente question.

Mais si, au contraire, le fond avait été l'objet de la décision rendue par les juges d'appel, la partie condamnée dira vainement qu'elle est encore dans les délais pour appeler. On lui répondra que la loi n'a pas voulu lui accorder la faculté de le faire deux fois; que, son premier appel une fois jugé au fond, tout est définitivement épuisé.

Voyez quelques applications de ces principes sous les *Quest.* 1573 *bis*, 1581 *bis*, 1586 *bis*, 1646 *ter*, etc.]

1563. ***L'appel d'un jugement peut-il être déclaré non recevable après trente ans d'exécution, encore bien qu'il n'ait pas été signifié?***

Le 14 nov. 1809 (Sirey, t. 10, p. 186), la cour de cassation a résolu cette question d'une manière affirmative, en jugeant que la cour d'appel de Riom n'avait violé aucune loi dans un arrêt par lequel elle avait déclaré non recevable, après trente ans d'exécution, l'appel d'une sentence d'adjudication suivie de la dépossession effective des parties saisies. (*Voy.* Sirey, t. 10, p. 187) (1).

[Telle est la jurisprudence constante de la cour de cassation, manifestée par les arrêts des 29 nov. 1830 (Sirey, t. 31, p. 13), 12 et 15 nov. 1832 (Sirey, t. 32, p. 816).

Elle est conforme aux principes. L'art. 2262, C. civ., éteignant toute action après 30 ans, ne comprend-il pas nécessairement le droit d'interjeter appel? et si on a laissé écouler 30 ans sans l'exercer, n'en est-on pas légalement déchu?

Il est essentiel de remarquer que, dans toutes les espèces jugées, il y avait eu exécution active ou passive du jugement; mais il ne faut pas, pour légitimer la solution de Carré, que cette exécution remonte à 30 ans, comme dans l'espèce par lui citée, il suffit que le jugement lui-même ait 30 ans de date et que l'exécution ait eu lieu dans cet intervalle.

S'il n'y avait pas eu d'exécution, c'est contre la partie qui l'aurait négligée que la prescription aurait couru, et son adversaire n'aurait pas besoin d'interjeter appel pour se soustraire à une exécution tardive : il lui suffirait d'opposer la prescription trentenaire qui l'aurait libéré de l'obligation à lui imposée par le jugement.]

1564. ***La partie qui fait signifier un jugement dont elle se propose de relever appel, relativement à quelques chefs, doit-elle, dans l'acte de signification, se réserver la faculté d'appel?***

C'est demander, en d'autres termes, si celui qui signifie *purement et simplement* le jugement qu'il a obtenu, est censé y avoir acquiescé?

Nous avons déjà dit (voy. *Quest.* 1555) que la signification du jugement est en soi un préalable de l'exécution; elle contient implicitement la déclaration que l'on entend poursuivre cette exécution, et par conséquent se conformer ou acquiescer au jugement. Ainsi, disent les auteurs du *Praticien*, t. 3, p. 25, une signification pure et simple rend celui au nom duquel elle est faite non recevable à attaquer la décision. (Voy. *arrêt du Parl. de Paris* du 13 août 1765, Denisart, au mot *Appel*, n° 52, p. 138, et Pothier, 2° part., chap. 3, article 3, § 1.)

Le Code de procédure n'ayant rien statué sur ce point de jurisprudence, les auteurs que nous venons de citer estiment que l'on doit adopter la décision de l'arrêt du parlement de Paris, conforme, d'ailleurs, à la doctrine des anciens auteurs.

---

(1) On opposait, que la signification du jugement pouvant seule faire courir le délai d'appel, et cette signification n'ayant pas eu lieu, les parties intéressées se trouvaient indéfiniment dans le délai pour se pourvoir.

Nous répondons, avec l'avocat général Daniels, dans son réquisitoire : « Qu'avant l'ordonn. de 1667, la faculté d'appeler durait trente ans, parce que l'action qui dérivait de la sentence pour l'exécuter ne se prescrivait que par ce laps de temps. On pensait que, par la raison des contraires, l'action donnée pour attaquer la sentence par la voie d'appel, ne devait pas être circonscrite par un délai plus court. Ce délai a été restreint par l'ord. de 1667, mais seulement pour le cas où la sentence aurait été signifiée. Mais, à défaut de signification, on a suivi, après comme avant l'ordonnance, les mêmes principes : c'est ce qu'atteste Jousse, sur l'art. 17, du titre XXVII. Le terme de *trente ans*, dit-il, est *fatal*, et, quand il est écoulé, on ne peut plus appeler : *l'appel est prescrit*, quand même il s'agirait d'une action hypothécaire. »

Si cette question se présentait un jour, on pourrait argumenter de l'abrogation prononcée par l'art. 1041, C. proc., des lois, usages et règlements antérieurs à sa publication: ce serait alors dans nos lois actuelles qu'il faudrait chercher la solution de la question qui nous occupe. Or, nous pensons qu'elle serait jugée de la même manière, parce que l'art. 2262, C. civ., déclare prescrites par trente ans toutes les actions, tant réelles que personnelles.

Telle est aussi notre opinion, fondée sur ce que la troisième disposition de l'art. 443 porte que l'intimé pourra interjeter appel en tout état de cause, *quand même il aurait signifié le jugement sans protestation*. Or, cette disposition présuppose un principe général auquel elle fait exception, c'est-à-dire que, dans le cas où la partie qui a fait la signification du jugement n'a fait ni protestations ni réserves, elle se rend non recevable à se pourvoir par appel principal. C'est d'ailleurs ce qui a été jugé, 1° par arrêt de la cour de Trèves du 14 mars 1808 (Dalloz, t. 2, p. 41; Sirey, t. 7, p. 897); 2° par un arrêt de la cour de Brux. du 11 août 1808 (Dalloz, t. 25, p. 43; Sirey, t. 9, p. 47), puisqu'il a décidé que l'omission des *protestations ou réserves*, dans *la seule copie* de l'exploit de signification, opérait un acquiescement qui rendait l'appel non recevable. (Voy. *Jurisp. des cours souv.*, t. 1, p. 353; le *Rép.*, au mot *Appel*, § 6, et *nos questions sur la 3e disposition de l'art.* 443.)

[Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part. 3, tit. VIII, art. 1er, n° 6, et *Comm.*, t. 2, p. 12, Merlin, *Quest.*, v° *Acquiescement*, § 5, Favard, t. 1, p. 173, n° 12, Boitard, t. 3, sur l'art. 443, et Poncet, n° 285, pensent aussi que la signification du jugement à partie, sans réserves, opère dans tous les cas un acquiescement complet, et c'est ce qu'ont jugé, indépendamment des arrêts cités par Carré, ceux des cours de Paris, 22 vendémiaire an XII, de Brux., 23 fév. 1827 (J. de B., t. 2 de 1827, p. 43), de cass., 13 nov. 1813 et 12 août 1817 (Dalloz, t. 1, p. 127; Sirey, t. 17, p. 359), de Bordeaux, 26 mai 1832, de Toulouse, 8 janv. 1836, et de Bourges, 20 fév. 1839. La même décision devrait être rendue d'après la cour de Gênes, 26 juin 1812 (Sirey, t. 14, p. 260), quoique la réserve eût été précédemment exprimée dans la signification faite entre avoués, parce que le fait de la partie détruit le fait de l'avoué. Néanmoins, on aurait égard à une réserve qui serait insérée dans les qualités du jugement (arrêt de la même cour du 7 mars 1812; Dalloz, t. 1, p. 129; Sirey, t. 14, p. 259), et cela est juste, puisque, dans ce cas, le jugement portant avec lui la réserve ne peut être signifié sans que la réserve le soit aussi.

Mais Merlin, *Quest. de droit*, v° *Acquiescement*, § 7, n° 2, et Talandier, n° 132, 2°, n'admettent pas dans toute son étendue le principe d'où dérivent ces décisions. Ils distinguent entre les jugements qui ne contiennent qu'une seule disposition ou que des dispositions connexes, et ceux qui renferment plusieurs dispositions distinctes et indépendantes les unes des autres. Pour le premier cas, ils décident, comme nous, que la signification sans réserve rend l'appel irrecevable. Dans le second cas, ils considèrent que, les chefs distincts d'un jugement formant autant de jugements séparés, on peut acquiescer à l'un, sans être censé, pour cela, acquiescer à l'autre, et que, par conséquent, celui qui signifie n'est censé le faire que pour l'exécution des chefs qui lui sont favorables. De cet argument on pourrait conclure que l'exécution d'une disposition n'est pas un acquiescement à l'autre; que si, en signifiant le jugement en entier, la partie faisait sommation d'en exécuter tel ou tel point, ce serait une réserve implicite à l'égard des autres. Mais lorsque la signification est pure et simple, pourra-t-on scinder l'intention de celui qui la fait? ne lui attribuer celle d'acquiescer qu'à certains égards? Ne sera-t-il pas plus vrai de dire qu'il renonce à appeler des chefs qui lui sont nuisibles, afin qu'on lui accorde plus aisément l'exécution des autres? Aussi la cour de Trèves, dans un arrêt du 10 mars 1825, rapporté par Merlin lui-même, *loc. cit.*, condamne-t-elle la doctrine de cet auteur, en rejetant l'appel interjeté par une partie sur l'un des chefs seulement du jugement qu'elle avait signifié sans protestation.

Au reste, ce n'est qu'à la signification du jugement à partie, qu'un semblable effet doit être attribué. Celle qui a lieu entre avoués, alors même qu'elle ne contiendrait point de réserves ne serait pas prise pour un acquiescement. Car l'avoué n'a pas de mandat pour acquiescer, et ce qu'il se permettrait à cet égard ne pourrait lier la partie. Ainsi l'ont décidé les cours de Turin, 20 mai 1809 (Sirey, t. 10, p. 258; Dalloz, t. 1, p. 132), Metz, 23 juin 1819, Poitiers, 13 juin 1822, Nancy, 16 fév. 1831 (Sirey, t. 33, p. 276; Dalloz, t. 26, p. 149), Brux., 18 déc. 1830 (J. de B., t. 1er de 1831, p. 12), Lyon 19 déc. 1832, Bourges, 21 janv. 1839, et cass. 6 fév. 1808. Par la même raison, la signification sans réserve des qualités du jugement n'emporterait pas acquiescement, puisqu'elle a lieu entre avoués : d'ailleurs avant de se décider à appeler ou à acquiescer, il faut connaître le jugement, en avoir expédition; et c'est à obtenir cette expédition que tend la signification des qualités. (Cass., 20 juillet 1831. — *Voy.* Sirey, t. 31, 1re, p. 282.)

Cependant la cour de Liége a jugé, avec raison, le 16 janv. 1811 (Dalloz, t. 1, p. 134), que, dans le cas où la signification à avoué suffit pour faire courir les délais, par exemple en matière d'ordre, elle doit être assimilée à la signification à partie, et être prise pour un acquiescement si elle ne contient point de réserves. La cour de cass. a jugé de même, en matière de distribution par contribution, le 24 avril 1833 (Sirey, t. 33, p. 442).

En décidant que la signification sans réserves ôte le droit d'appeler, nous avons implicitement décidé aussi que celle qui contient des réserves le laisse subsister. C'est l'opinion que professent tous les auteurs cités en tête de ces

observations, et qui est sanctionnée par les arrêts suivants : Metz, 7 déc. 1810 et 8 mai 1811; cass., 21 janv. 1812 (Sirey, t. 12, p. 184; Dalloz, t. 1, p. 167); Nîmes, 5 août 1829; Bourges, 16 juill. et 28 août 1832.

Cependant Merlin, *Quest.*, v° *Acquiescement,* § 7, fait encore une distinction entre les jugements composés d'un seul chef et ceux qui en ont plusieurs. Quant à ceux-ci, il admet sans difficulté la solution que nous venons d'indiquer, et il ne pouvait faire autrement, puisqu'il enseigne, comme on vient de le voir, qu'on n'est pas déchu du droit d'appeler de partie de ces jugements, lorsqu'on les a signifiés sans réserve.

Mais quant aux jugements définitifs qui n'ont qu'un seul chef, cet auteur soutient que la réserve d'en appeler ne produit aucun effet pour empêcher l'acquiescement qui est la suite naturelle de la signification, parce que, dit-il, la signification est le commencement de l'exécution, et qu'une réserve contraire à l'acte auquel elle se réfère est comme non avenue.

Nous répondons : Il faut, pour cela, que la réserve soit en effet inconciliable avec l'acte. Mais l'exploit de signification ne tend pas toujours directement à l'exécution. Il peut n'être fait que pour faire courir contre l'adversaire le délai d'appeler d'un jugement qui n'a admis en entier ni mes prétentions ni les siennes. Ce délai courra contre lui et non contre moi, d'après ce que nous avons dit *Quest.* 1553. La signification a donc pour but de restreindre la durée de sa faculté d'appel sans nuire à la mienne : elle n'est donc pas une manifestation positive de la volonté d'exécuter.

Elle le serait si elle contenait sommation de se conformer au jugement qu'on signifie; et alors, nous en convenons, les réserves d'appel qui accompagneraient cette sommation ne seraient d'aucune valeur, parce qu'il y aurait réellement contradiction entre la protestation et le fait. Et c'est dans des espèces de cette nature qu'ont jugé les arrêts cités par Merlin; ils ne sont, par conséquent, d'aucun poids pour la question par lui posée.

Ainsi distinguons à notre tour : ou il s'agit d'une signification non accompagnée ou suivie d'une sommation d'exécuter, et alors, comme l'ont décidé les autorités citées plus haut, on peut conserver le droit d'appeler par de simples protestations ou réserves. Ou bien la signification est accompagnée ou suivie de la sommation d'exécuter; dans ce cas les réserves ne servent à rien, l'acquiescement est formel. (Paris, 11 mars 1809 et 11 mars 1813, Dalloz, t. 1, p. 140, Sirey, t. 14, p. 378, Grenoble, 26 mars 1817, Nîmes, 7 mai 1813, Dalloz, t. 1, p. 128, et 21 août 1822, Rennes, 27 fév. 1830, Bordeaux, 27 nov. 1830, Bourges, 17 déc. 1825, et cass., 27 juin 1820, Sirey, t. 21, p. 4.) Deux arrêts de la cour de Rennes des 2 juillet 1819 et 20 mai 1820 ont seuls adopté une doctrine plus indulgente qui ne nous semble pas conforme aux principes. Encore il ne nous paraît pas clair que le premier de ces deux arrêts ait jugé la question ; car cela ne résulte que de la notice qui le précède et non de son texte. Les rédacteurs du *J. P.*, 3e édit., t. 15, p. 375, font observer, en note, que cet arrêt, indépendamment de ce qu'ils en rapportent, juge encore une question d'acquiescement sans importance. Si c'était celle qui nous occupe, cette expression ne nous semblerait pas exacte.

Faisons observer, en terminant, que, dans tous les cas où nous décidons que la signification du jugement rend l'appel non recevable, l'intimé ne peut invoquer cette fin de non-recevoir après avoir fait annuler cette signification. Comment profiterait-il, lui, d'un acte qui, par son propre fait, est devenu sans valeur pour son adversaire? (Brux., 18 décembre 1830; J. de B., t. 1er de 1831, p. 12.)

Pigeau remarque, au reste, que la signification sans réserves d'un jugement préparatoire n'emporterait point acquiescement ; parce que l'appel de ces jugements n'est point permis avant le jugement définitif; et que, dans tous les cas, l'appel relevé contre la partie qui a signifié rend à cette partie tous ses droits d'appeler incidemment de son côté.]

1565. *L'appel interjeté en temps utile par l'une des parties profite-t-il à toutes celles qui, dans la même affaire, ont le même intérêt et peuvent faire valoir les mêmes moyens, en sorte qu'elles acquièrent, par l'effet de cet appel, la faculté d'appeler elles-mêmes, après l'expiration des délais?*

Trois arrêts de la cour de Turin, le premier du 5 prair. an XII, le second du 28 févr. 1810, et le troisième du 9 mars 1811 (Sirey, t. 11, p. 454, et t. 12, p. 78; Dalloz, t. 16, p. 66), ont jugé affirmativement cette importante question. Ces arrêts sont motivés sur ce qu'il est de principe que l'appellation interjetée par l'un des colitigants est censée commune et utile aux autres, pourvu qu'ils aient le même intérêt dans l'affaire, et que leurs moyens de défense soient communs avec l'appelant. [Le troisième de ces arrêts est rendu en matière solidaire.]

Cette question est néanmoins controversée, ainsi que nous l'avons dit *Quest.* 645. Des jurisconsultes maintiennent la négative, en se fondant sur la généralité des termes des articles 443 et 444, et sur ce que le principe dont argumentent les partisans de l'opinion contraire n'est écrit dans aucune loi. Mais la cour de Turin, dit Denevers, s'est fondée, particulièrement dans son dernier arrêt, sur les lois 1re et 2e au Code *si unus ex pluribus,* et 10, §§ 2 et 4, ff., *de appell. et relat.* On convient

que l'on trouverait dans ces lois des raisons de décider comme l'a fait la cour, si l'on pouvait les considérer comme ayant force obligatoire parmi nous.

En effet, puisqu'elles disposent que, toutes les fois qu'il n'avait été rendu entre parties qu'un seul jugement, celles qui n'avaient pas appelé jouissaient des avantages de l'appel de leur consort, s'il y avait identité d'intérêt et de moyens; puisqu'elles prononcent qu'en cette circonstance, *il n'était pas même nécessaire que la partie qui n'avait pas appelé dans le délai fatal intervînt sur l'appel de son consort, pour demander que cet appel lui fût déclaré commun*; puisqu'elles décident enfin qu'il suffit que celui-ci ait obtenu la réformation du jugement pour qu'elle devienne de plein droit commune à la partie qui n'a pas été appelée, on devrait conclure, *à fortiori*, que cette partie peut se présenter après le délai pour plaider sur l'appel.

Mais Merlin a démontré (*Rép.*, vº *Domaine public*, § 5, et *Quest.*, vº *Nation*, § 2), que les lois romaines que nous venons de rappeler n'étaient point en vigueur parmi nous avant la publication du Code de procédure. Il cite, à ce sujet, Godefroi, sur les mots de la loi 2, au Code *si unus ex pluribus*, Automne, *Conférence du droit français*, sur la loi 1re du même titre, Bugnion, dans son *Tr. des lois abrogées*, liv. Ier, chap. 128, et Papon, liv. XIX, tit. Ier, nº 11. Si ce jurisconsulte, dont les opinions sont d'autant plus certaines qu'il ne lui arrive jamais d'omettre la discussion des autorités qu'on pourrait lui opposer, cite lui-même plusieurs arrêts en faveur de la doctrine du droit romain, il prouve que cette jurisprudence était également vicieuse.

De là les adversaires de l'opinion émise par la cour de Turin concluent que cette opinion, n'étant fondée que sur une induction de lois qui n'ont jamais dû recevoir d'application parmi nous, doit être rejetée sans difficulté. Ils argumentent en outre d'un arrêt de la cour de cassation, du 21 brum. an VII (Sirey, t. 1, p. 176; Dalloz, t. 2, p. 91), qui décide formellement que l'appel interjeté par un héritier ne peut profiter à ses cohéritiers, à l'égard desquels le jugement réformé sur l'appel avait acquis l'autorité de la chose jugée.

Nous remarquerons, au sujet de cet arrêt, qu'on ne saurait en argumenter rigoureusement contre la jurisprudence de la cour de Turin. En effet, il ne prononce point dans l'espèce où les cohéritiers contre lesquels le jugement attaqué par l'un d'eux eût acquis l'autorité de la chose jugée en auraient eux-mêmes, à l'occasion du pourvoi formé en temps utile par leur consort, interjeté appel après le délai légal. Il statue, au contraire, dans l'espèce où ces mêmes cohéritiers s'appuyant de l'arrêt intervenu sur l'appel de ce dernier, auquel ils n'avaient pas été parties, renouvelaient en première instance les prétentions rejetées par le jugement réformé.

Or, ces deux espèces sont bien différentes. On a pu, en écartant, suivant la doctrine de Merlin, l'application des lois romaines précitées, prononcer, dans la dernière de ces espèces, que l'appel d'un colitigant ne profitait point à ceux qui n'avaient pas appelé, sans rien préjuger pour cela sur la question de savoir si l'appel interjeté par une partie relève de la déchéance les parties qui ont le même intérêt, et qui cependant n'ont point, de leur côté, formé le même pourvoi en temps utile.

Il importe peu, suivant nous, que l'arrêt qui vient d'être cité ne soit pas rendu dans l'espèce de la question que nous avons posée. Il suffit, pour la décider négativement, contre la jurisprudence de la cour de Turin, de considérer que les art. 443 et 444 ne font aucune distinction; que nulle disposition du Code n'établit d'exception, pour le cas qui nous occupe, soit au délai que le premier de ces articles détermine, soit à la déchéance que le second prononce. Il faut convenir, d'ailleurs, dès qu'il est certain que l'arrêt intervenu sur l'appel d'un colitigant, ne peut profiter à ceux de ses consorts qui n'ont pas appelé, qu'il n'existe aucune raison qui puisse faire admettre que l'acte d'appel de ce colitigant relève ceux-ci d'une déchéance que la loi prononce. Il faudrait au moins que l'objet de la contestation fût absolument indivisible, parce qu'alors la nature des choses rendrait l'application de la règle générale impossible. Mais une partie qui n'a pas appelé dans le délai peut avoir, relativement à une contestation dont l'objet est divisible, même intérêt et mêmes moyens de défenses que celle qui s'est pourvue en temps utile; et, en ce cas, d'après ce que nous venons de dire, le jugement acquiert contre elle la force de la chose jugée (1).

(1) A l'appui de cette opinion, dont la discussion développe les motifs de la solution que nous avons donnée sur la *Quest.* 655, nous citerons un arrêt de la cour de Limoges, du 20 février 1810 (Dalloz, t. 18, p. 362), qui a décidé que l'opposition formée en temps utile, par l'une des parties condamnées, ne profite point aux autres parties, si l'objet de la condamnation est divisible par sa nature.

Nous admettrions toutefois une exception :

1º En faveur des personnes condamnées *solidairement*; exception consacrée par un arrêt de la cour de Colmar, du 4 mars 1817, à l'égard des cohéritiers;

2º Lorsque l'appel a été interjeté par un des cohéritiers, *tant pour lui que pour ses autres cohéritiers*, qui, loin de le désavouer, intervïendraient dans la cause. (Angers, 22 mai 1817; Sirey, t. 19, p. 181; Dalloz, t. 2, p. 66.)

[*Lorsqu'il y a plusieurs cointéressés, soit demandeurs, soit défendeurs, dans la même instance, à qui et par qui doivent être faites les significations, soit du jugement, soit de l'acte d'appel? Les diligences faites par l'un des demandeurs, ou à l'égard de l'un des défendeurs, peuvent-elles profiter ou nuire à leurs consorts?*

Ainsi se trouvent généralisées en une seule les questions posées sous les nos 1559 et 1565, et plusieurs autres, dont nous avons, dans le cours de cet ouvrage, renvoyé l'examen en ce lieu, notamment des nos 645, 645 *bis*, 655, 656, 1156, etc., etc.

Une distinction importante domine d'abord cette matière; l'objet de la contestation est-il une chose divisible ou indivisible, d'une part? D'autre part, les cointéressés sont-ils soumis, oui ou non, à la solidarité?

La première branche de cette distinction n'offre point de difficulté.

La matière est-elle quelque chose de divisible? Les cointéressés ne sont-ils pas solidaires? Dès lors chacun de ceux-ci ne peut agir et être actionné exclusivement que pour son compte; les poursuites faites par lui, ou exercées contre lui, ne peuvent, sous aucun prétexte, ni servir, ni préjudicier aux autres.

Si l'un d'entre eux fait signifier le jugement obtenu par plusieurs, les délais de l'appel courront à son profit, sans courir au profit des autres; s'il reçoit la signification d'un jugement obtenu contre tous, les délais courront contre lui, sans courir contre les autres.

Si l'un d'entre eux interjette appel, cet appel n'empêche pas que le jugement n'acquière, à l'égard des autres, l'autorité de la chose jugée : si l'on relève appel contre l'un d'entre eux, la contestation, décidée par le jugement, n'est par remise en question vis-à-vis des autres.

Mais si les cointéressés sont soumis à la solidarité, soit conventionnelle, soit légale, ou si l'objet du procès est indivisible, ce qui produit, selon nous, une solidarité naturelle, les principes sont différents.

Nous n'avons trouvé de système complet sur cette difficulté que dans le *Traité de l'appel*, de Talandier, nos 258 à 273, en voici l'analyse :

Talandier traite différemment la solidarité et l'indivisibilité, qui, selon nous, doivent produire identiquement les mêmes effets. D'après lui, en matière solidaire, tous les cointéressés sont mandataires les uns des autres; il n'en est point de même en matière indivisible, et néanmoins, dans ce dernier cas, ce qui est jugé avec l'un est, par la nature des choses, censé jugé avec les autres.

De là les conséquences suivantes :

I. *En matière solidaire :*

1° Le jugement peut être obtenu par un seul dans l'intérêt de tous; il peut être signifié, par un seul, à la partie ou aux parties condamnées, et cette signification fait courir, au profit de toutes les parties qui gagnent leur procès, le délai de l'appel.

En effet, étant mandataire de tous ses consorts, celui qui signifie est censé avoir agi pour leur compte comme pour lui-même. Ce qu'il a fait est censé venir d'eux aussi bien que de lui, et doit par conséquent leur profiter comme à lui.

2° Le jugement doit être signifié à chacune des parties condamnées, pour faire fléchir contre chacune le délai d'appel.

Talandier avoue que cette proposition est contraire à son principe, puisque, chacune des parties solidaires étant mandataire des autres, il devrait suffire de la rendre l'objet d'une signification, pour que l'effet qui en résulte dût s'étendre à toutes les parties qu'elle représente. Mais l'auteur croit devoir faire fléchir cette conséquence, parfaitement logique, devant des considérations d'équité qui ne permettent pas, selon lui, qu'on prenne des avantages contre une partie, sans l'avoir mise personnellement à même de se défendre.

3° Si de plusieurs parties qui ont obtenu gain de cause, l'une d'elles seulement a fait signifier le jugement, sans que, dans les trois mois qui ont suivi cette signification, l'appel ait été relevé, ni contre elle, ni contre aucun de ses consorts, il y a déchéance au profit de tous.

Si, dans les trois mois de la première signification faite par l'un d'eux, l'appel a été relevé, soit contre le signifiant, soit contre tout autre, nul d'entre eux ne peut plus invoquer de déchéance.

Puisque celui qui signifie seul est censé signifier au nom de tous, celui qui reçoit seul doit être censé recevoir pour tous.

4° S'il y a plusieurs parties condamnées, l'appel de l'une profite aux autres, quand même celles-ci auraient été déjà déchues.

Cette quatrième proposition se coordonne avec la seconde, de laquelle il résulte que les parties condamnées ne sont mandataires les unes des autres qu'activement, et non passivement, c'est-à-dire pour les actes qui émanent d'elles, et non pour ceux qui leur sont adressés.

En sorte que, si l'une d'elles se trouve déchue du droit d'appeler, cette déchéance ne s'étend pas aux autres, et si l'une de celles-ci exerce le droit qu'elle a conservé, elle relève de la déchéance tous ceux de ses consorts qui l'avaient encourue.

II. *En matière indivisible :*

1° Le jugement obtenu par l'une des parties profite à ses consorts; la signification qu'elle en fait leur profite aussi, parce qu'autrement il pourrait arriver qu'irrévocable à l'égard de l'une, le jugement fût révoqué à l'égard de

l'autre, ce qui répugne à la nature de l'indivisibilité, qui ne peut admettre deux décisions contradictoires touchant le même objet.

2° Néanmoins, on ne fait courir le délai d'appel contre chacune des parties condamnées qu'en signifiant le jugement à chacune. Exception au principe, fondée sur les mêmes motifs que la seconde proposition ci-dessus émise en matière de solidarité.

3° Si l'une des parties qui ont réussi fait signifier le jugement à la partie condamnée, et que celle-ci ne relève pas appel dans les trois mois, elle en est déchue vis-à-vis même de la partie qui a fait signifier. Mais Talandier n'admet pas la proposition réciproque comme en matière de solidarité, en sorte que, d'après lui, la partie condamnée en relevant appel contre l'une des parties qui ont obtenu gain de cause, même dans les trois mois de la première signification, n'échappe à la déchéance, ni vis-à-vis de celle qui a reçu l'appel, ni vis-à-vis des autres. La raison de la différence, c'est qu'il n'y aurait point de mandat tacite entre les obligés indivisibles, comme il y en a un entre les obligés solidaires.

Celui qui est l'objet d'une poursuite n'a pas mandat d'y défendre au nom de ses consorts, en sorte qu'elle n'empêche point la déchéance vis-à-vis de ceux-ci; et, comme il ne peut y avoir deux jugements en contradiction, du moment que la sentence est devenue irrévocable à l'égard de quelques-uns, que la déchéance leur est acquise, elle l'est par cela même, à l'égard de tous les autres, même de ceux vis-à-vis desquels on s'était mis en règle.

4° S'il y a plusieurs parties condamnées, l'appel utile de l'une profite même à celles qui auraient été déchues. Car, suivant la seconde proposition, la déchéance de celles-ci ne pouvait s'étendre à la première, qui conservait son droit. Et, pour prévenir la contrariété de jugement, on doit regarder comme conservé, à l'égard de toutes, le droit qui n'est pas perdu pour l'une d'entre elles.

Nous n'adoptons pas, dans toutes ses parties, la théorie de Talandier.

Pour nous, l'indivisibilité n'est pas quelque chose de distinct de la solidarité; celle-ci est le genre dont l'autre est une espèce, et nous ajouterons même que, de toutes les espèces de solidarité, l'indivisibilité est la plus complète, celle qui mérite le mieux ce nom; car, si les autres reposent sur une convention ou sur une loi qui auraient pu ne pas exister, celle-ci a pour fondement la nature des choses, en sorte que rien ne peut porter atteinte à son existence.

Qu'est-ce que la solidarité? C'est le lien en vertu duquel tous les créanciers d'une même chose ont un droit égal et parfait sur chaque portion de cette chose et sur sa totalité; ou bien tous les débiteurs sont tenus de l'acquitter personnellement en entier et dans chaque portion. Or, nous le demandons : ces caractères n'appartiennent-ils pas essentiellement à l'indivisibilité? Chacun des copropriétaires d'un immeuble, au profit ou à la charge duquel est établie une servitude de passage, ne doit-il pas, ou ne possède-t-il pas également la totalité de cette servitude et chacune de ses parties? Et peut-on concevoir une circonstance, une convention, une modification quelconque qui leur permette de le devoir ou de le posséder autrement? Il y a donc entre eux véritable solidarité.

Si maintenant l'on convient, comme en effet tous les auteurs l'enseignent et comme plusieurs textes de lois le consacrent, qu'en matière de solidarité il y a mandat tacite et réciproque entre tous les consorts d'agir et de défendre l'un pour l'autre, ce mandat existera également pour l'indivisibilité, c'est-à-dire pour la solidarité naturelle, et à bien plus forte raison que pour la solidarité conventionnelle et légale.

Faisons observer, d'ailleurs, qu'il est juste que, si le mandat est reconnu entre les demandeurs solidaires, son existence soit aussi reconnue entre les défendeurs solidaires, c'est-à-dire que la partie exposée à se voir actionnée par un seul de ses adversaires et valablement pour tous, doit pouvoir agir contre eux tous valablement en s'adressant à un seul. Si les diligences de l'un des consorts profitent à tous, sa négligence doit être imputée à tous : sachant en effet que leur obligation est solidaire, que chacun d'eux répond pour tous, aucun n'est excusable de n'avoir pas surveillé les démarches des autres.

Nous répéterons donc maintenant, avec plus de confiance encore, ce que nous avons dit, dans nos observations sur la *Quest.* 645, et ce que nous avions déjà fait pressentir dans notre *Quest.* 348 *bis* : « Qu'une procédure faite » contre l'un des débiteurs solidaires, est censée faite contre tous; que l'interpellation » contre l'un est une interpellation contre » l'autre; que l'interruption de prescription » contre l'un est une interruption contre » l'autre; que l'exécution contre l'un est une » exécution contre l'autre; que l'opposition » ou l'appel de l'obligé solidaire ne sont plus » permis, parce qu'ils seraient inutiles, lorsque » le créancier a un jugement passé en force de » chose jugée contre le coobligé; que le jugement obtenu contre un seul des coobligés » solidaires emporte exécution parée contre » tous, et même concède contre tous un droit » hypothécaire. »

Nous remarquerons néanmoins qu'il faut pour cela qu'il y ait une solidarité et nous dirons aussi une indivisibilité avouées ou reconnues, parce que, avec ces conditions seulement, le mandat tacite peut être admis. Si la solidarité ou l'indivisibilité ou la dette elle-même sont

l'objet de la contestation, il est bien certain que la procédure devra être personnelle de la part de chacun des coobligés ou vis-à-vis de chacun d'eux. Sans dette, point de solidarité; sans solidarité, point de mandat. Ce n'est donc qu'après avoir fait juger, avec la partie qui les conteste, l'existence, la solidarité, l'indivisibilité de la dette qu'on pourra réclamer le privilége que nous accordons à ces sortes d'obligations.

Cela posé, voici comment nous modifions, en les rendant communes à l'indivisibilité et à la solidarité, les quatre propositions de Talandier:

1° La signification du jugement, faite par l'un des créanciers solidaires ou indivisibles, fait courir le délai d'appel au profit de tous;

2° La signification du jugement, faite à l'un des débiteurs solidaires ou indivisibles, fait courir le délai d'appel contre tous;

3° Si l'une des parties qui a obtenu gain de cause fait acquérir au jugement l'autorité de la chose jugée, avant qu'un appel utile ait été relevé contre aucune des autres, toutes en profitent. Si un appel utile est relevé contre l'une d'elles, avant que le jugement soit définitivement acquis à aucune des autres, cet appel remet tout en question à l'égard de toutes;

4° Si l'un des condamnés solidaires ou indivisibles relève un appel utile avant qu'aucun des autres ait été déchu, il n'y a plus de déchéance possible pour aucun d'eux; si, au contraire, l'un d'eux est déchu avant qu'un appel utile ait été relevé par aucun des autres, la déchéance est encourue par tous.

Nous déciderons par les mêmes principes la *Quest.* 655, et la partie laissée indécise de la *Quest.* 1136 *ter*, c'est-à-dire qu'en matière indivisible et solidaire, le délai de l'opposition court contre toutes les parties ou à leur profit, quand il court contre l'une d'elles ou à son profit; que l'opposition régulièrement formée par l'une d'elles ou vis-à-vis de l'une d'elles est également régulière pour les autres; que la déchéance de la former ne peut pas frapper l'une sans frapper aussi toutes les autres; c'est-à-dire encore que l'enquête valable vis-à-vis de l'un des coïntéressés ne pourra point être arguée de nullité par l'autre.

Cette matière a été peu explorée; aussi la jurisprudence et la doctrine sont-elles loin d'offrir des principes certains et complets. Il nous reste cependant à en exposer les nombreux détails dont la plupart, nous l'espérons, serviront de confirmation à notre système.

Thomine, n° 493, enseigne que la signification ou l'appel d'un jugement fait par ou contre l'un des consorts, même solidaires, ne peut ni profiter ni nuire aux autres; mais il partage notre opinion pour le cas où il s'agit d'un objet indivisible.

Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 10, s'exprime très-brièvement en ces termes : « L'appel interjeté » par un débiteur solidaire ou un débiteur » indivisible, dans le délai, profite à ses co- » débiteurs. »

Favard, t. 1, p. 171, n° 7, n'applique, comme Thomine, notre système qu'aux créanciers ou aux débiteurs d'un objet indivisible; il ne dit rien de la solidarité.

Ces deux derniers auteurs font observer, avec raison, que, lorsqu'une société de commerce ou une union de créanciers se trouve en cause, les poursuites faites par le gérant, par l'un des associés, ou par le syndic, le sont au profit de tous les associés et réciproquement, encore qu'il n'y ait pas solidarité entre eux. Ceci est une conséquence directe de l'article 69, §§ 6 et 7.

Poncet, n° 305, dit que la diligence d'une partie peut profiter aux autres en un certain cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit, dans la cause, d'un objet naturellement indivisible. Seulement en pareil cas, ajoute-t-il, tous les objets divisibles du jugement, tels que les adjudications des dépens et de dommages-intérêts subsisteront, quoi qu'il arrive, contre ceux qui ne se sont pas pourvus. Cette restriction nous paraît juste.

Voici maintenant l'analyse de la jurisprudence.

I. En matière ordinaire :

La signification du jugement faite par l'une des parties ne fait pas courir le délai d'appel à l'égard des autres en faveur desquelles le jugement a été rendu. (Cass., 17 prair. an XII; Dalloz, t. 2, p. 91, et t. 6, p. 385; Sirey, t. 4, p. 713.)

Quoique l'affaire soit commune à plusieurs, si elle est divisible de sa nature, l'appel interjeté par l'une des parties ne profite pas aux autres; par exemple, si ce sont des cohéritiers condamnés pour la dette de leur auteur. (Arr. cass., 21 brum. an VII; Dalloz, t. 2, p. 91; Sirey, t. 1, p. 176, déjà cité par Carré; Rennes, 26 mai 1820; Metz, 12 janv. 1821, Toulouse, 27 avril 1827, et Colmar, 25 juill. 1835.) On ne peut opposer un arrêt de la cour d'Angers, du 22 mai 1817 (Dalloz, t. 2, p. 66; Sirey, t. 19, p. 182), qui admet des cohéritiers à intervenir sur un appel relevé en leur nom, mais sans mandat, par leur cohéritier; car, ayant reçu une signification nulle du jugement, le délai n'avait pas couru contre eux, ni celui de la cour de Grenoble, du 8 déc. 1810, puisqu'il s'agissait, dans l'espèce, d'une matière indivisible.

L'appel interjeté contre un seul de plusieurs colitigants n'empêche pas que le jugement ne passe en force de chose jugée à l'égard des autres. (Rennes, 14 mai 1812, Dalloz, t. 2, p. 93; Sirey, t. 15, p. 102, et cass., 30 nov. 1825; Sirey, t. 26, p. 104.)

Les parties régulièrement intimées ne peu-

vent exciper de ce que le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres parties. (Bourges, 27 janv. 1837.)

Chacun de ces arrêts justifie tout ou partie des principes que nous avons émis pour le cas où il n'y a ni solidarité ni indivisibilité entre les parties.

II. En matière solidaire :

L'appel interjeté par l'un des coobligés profite aux autres. (Grenoble, 4 janv. 1815; Amiens, 11 déc. 1821; Dalloz, t. 1, p. 402; Sirey, t. 22, p. 303; Bourges, 23 déc. 1825; Sirey, t. 26, p. 255; Poitiers, 24 juin 1831; Sirey, t. 31, p. 293; Nancy, 16 janv. 1836, et cass., 20 mars 1839.) Ceci confirme la première partie de notre 4e proposition en tant qu'elle s'applique à la solidarité.

Cependant la cour de Lyon a jugé, le 21 juin 1826 (Sirey, t. 27, p. 257), que lorsque les divers condamnés sont les endosseurs du même billet (lesquels sont liés par une solidarité légale), l'appel de l'un ne profite pas aux autres ; la cour de Limoges, le 22 mars 1819 (Talandier, n° 263), que l'appel utile de l'une des parties condamnées ne profite pas à ses consorts ;

Et la cour de Brux., le 19 janv. 1830 (J. de Br., 1830, 1re, p. 244), que, dans le cas d'une condamnation solidaire, l'appel interjeté par quelques-unes des parties qui sont encore dans le délai ne profite pas à celles à l'égard desquelles le délai est expiré. Sans doute, il ne leur profite pas; mais il ne doit pas profiter non plus, selon nous, à la partie qui est dans le délai, parce que la déchéance précédemment encourue par ses consorts lui est applicable. (*V.* notre 4e proposition.)

La cour de Colmar a jugé, le 18 fév. 1859, que le délai d'appel ne court pas à l'égard de la femme, lorsqu'il n'a été laissé au mari qu'une seule copie d'un jugement prononçant contre les deux époux une condamnation solidaire. Notre seconde proposition et les principes que nous avons exposés sur la *Quest.* 348 *bis* résistent à cette décision.

III. En matière indivisible :

L'appel interjeté par l'un des cointéressés profite aux autres (Metz, 29 mai 1812; Toulouse, 2 fév. 1828 ; Riom, 2 janv. 1829; Sirey, t. 29, p. 54; cass., 30 mars 1825; Sirey, t. 25, p. 417, et 27 mai 829; Sirey, t. 30, p. 64; Colmar, 28 déc. 1839); ceci justifie la première partie de notre quatrième proposition en tant qu'elle s'applique à l'indivisibilité.

L'appel interjeté contre l'un des cointéressés conserve le droit de l'appelant à l'égard de tous les autres (Limoges, 10 juill. 1816; Talandier, n° 259; Metz, 17 juill. 1823; Montpellier, 27 juill. 1825 ; Sirey, t. 26, p. 147; Bordeaux, 4 avril 1829; Sirey, t. 29, p. 342; Limoges, 15 avril 1833 ; Talandier, n° 270; cass., 20 juill. 1835; Sirey, t. 35, p. 881, et Caen, 26 juin 1837); ceci justifie la seconde partie de notre troisième proposition en ce qui concerne l'indivisibilité.

Contrairement à notre première proposition et à un arrêt de la cour de Toulouse du 29 déc. 1830, la cour de Limoges a jugé, le 31 janv. 1834 (Talandier, n° 268), que le jugement doit être signifié aux parties condamnées par chacun des intimés pour faire courir contre elles le délai d'appel.

Le 30 nov. 1830 (Sirey, t. 31, p. 161), la cour de Bourges a décidé que l'appel dirigé contre un seul des condamnés était non-seulement sans effet vis-à-vis de l'autre, mais même non recevable à l'égard de celui qu'on avait réellement intimé. Talandier, n°s 270 et suiv., cite aussi quelques arrêts de la cour de Limoges qui consacrent ce principe contraire à la seconde partie de notre troisième proposition.

IV. La cour de Colmar avait jugé, le 25 août 1829, que, lorsque l'objet d'une enquête est indivisible, les nullités personnelles à l'une des parties peuvent être opposées par les autres. Il s'ensuivrait, par exemple, que, si l'une d'elles avait été irrégulièrement assignée pour être présente à l'enquête, cette procédure serait nulle non-seulement à l'égard de la partie mal assignée, mais encore vis-à-vis des autres parties. C'est le contraire que nous aurions décidé, puisque, d'après nous, les diligences faites par l'une des parties sont censées faites contre les autres; en sorte que, bien loin d'être obligée d'observer à l'égard de tous ses adversaires les règles sévères du titre des enquêtes, la partie poursuivante peut se dispenser d'adresser ses actes à chacun d'eux, un seul étant censé les représenter tous. Aussi la cour de cassation a-t-elle rendu, le 9 août 1831 (Sirey, t. 31, p. 394), une décision directement opposée à celle de la cour de Colmar.

On sent que les principes reçus en matière d'appel doivent aussi nécessairement s'appliquer à l'opposition dont le délai courra au profit de tous les créanciers solidaires ou indivisibles si l'un d'eux a fait signifier le jugement, et contre tous les débiteurs, si l'un d'eux a reçu la signification; et qui enfin profitera à tous, si elle a été faite par un seul avant qu'aucun des autres eût encouru la déchéance. Carré avait indiqué une partie de ces décisions sur la *Quest.* 655, d'où nous avons aussi renvoyé à la *Quest.* 1565.

Quant aux effets de l'appel ou de l'opposition, ou des déchéances encourues en matière de garantie, ils seront traités sur la *Quest.* 1581 *quater*.]

§ II. *Délai d'appel des jugements par défaut.*

1566. *La seconde disposition de l'art.* 443 *s'applique-t-elle à toute espèce de jugement par défaut?* [*A un jugement décla-*

ratif de faillite? Peut-on appeler d'un jugement de congé-défaut ?]

Il est évident qu'elle ne s'applique ni au jugement par défaut qui aurait rejeté l'opposition d'un précédent, ni au jugement qui interviendrait après un réassigné, conformément à l'art. 153. L'art. 443 ne parle, en effet, que des jugements qui sont susceptibles d'opposition, et ceux que nous venons de désigner équivalent à des jugements contradictoires. Mais, du reste, la disposition dont il s'agit s'applique à tous les autres jugements par défaut, soit qu'ils aient été rendus contre partie, soit qu'ils l'aient été contre avoué, de quelque tribunal qu'ils émanent (1).

[La disposition de l'art. 443, relative aux jugements de défaut, a été introduite pour éviter le cumul des deux délais de l'opposition et de l'appel, et pour retarder l'ouverture du second jusqu'au moment de l'expiration du premier, encore que le jugement eût été préalablement signifié à partie. (*Voy.* plus bas nos observations sur la *Quest.* 1569.)

Lorsqu'il n'y a point lieu à opposition, comme dans le cas d'un jugement de débouté, dans celui d'un jugement sur réassigné, le concours n'est plus à craindre. Le délai de l'opposition étant nul, la prorogation de la seconde partie de notre article se réduit à rien, la règle générale reprend son empire.

Ainsi, il faut décider, avec Favard, t. 1, p. 172, n° 8, Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 12, et Talandier, n°s 151 à 153, que le délai d'appel de ces jugements court du jour de la signification à partie. C'est ce qu'a fait la cour de cass., le 8 nov. 1826 (Sirey, t. 27, p. 4), dans le cas d'un jugement de défaut rendu d'après une jonction du profit au fond et réassigné.

Mais il en est autrement en ce qui concerne les jugements déclaratifs de faillite. Les articles 580 et 582, C. comm., accordant deux délais distincts, l'un pour former opposition, l'autre pour interjeter appel, le principe de l'art. 443 doit recevoir son application. S'il en était autrement, il pourrait arriver que le jugement déclaratif de faillite ne fût plus susceptible d'appel, lorsqu'il serait encore attaquable par la voie de l'opposition.]

[**1566** bis. *L'art.* 150, *C. proc., est-il applicable à l'appelant ou à l'intimé qui ne comparaissent pas? Le défaut ne peut-il être adjugé qu'autant que les conclusions de celui qui le requiert sont reconnues justes et bien fondées.*

On trouve la solution de cette difficulté dans nos observations sur la *Quest.* 617, t. 2, p. 15, à la note.]

[**1566** ter. *L'intimé qui, en l'absence de l'appelant, conclut simplement à être renvoyé de l'appel, peut-il, sur l'opposition, faire valoir les fins de non-recevoir contre l'appel; par exemple celle qui serait prise de sa tardiveté?*

L'intimé qui ne conclut pas au fond, qui ne demande pas un jugement sérieux et formant autorité, n'ayant pas besoin de justifier ses conclusions, et pouvant se borner à demander congé-défaut, ainsi que nous l'avons décidé *Quest.* 739 bis, § 13, n° 5, peu importe les expressions dont il s'est servi, et celles qui ont été employées par l'arrêt, nous ne pensons pas que ses droits aient pu être aucunement compromis. Il est censé n'avoir employé aucun genre de défense, puisqu'en effet il n'avait pas besoin d'en faire usage, et, par conséquent,

---

(1) *Voy.* Hautefeuille, p. 250, l'art. 645, C. comm., et l'*Exposé des motifs* du titre de l'appel, par Bigot de Préameneu.

Il faut remarquer cependant que, d'après un arrêt de la cour de Turin du 23 août 1809 (*voy.* Sirey, t. 10, p. 65), il a été décidé que l'appel d'un jugement portant *congé-défaut* contre le demandeur ne saisit aucunement les juges d'appel du fond de la contestation. De cette décision résulterait qu'il serait absolument inutile d'interjeter appel d'un jugement qui aurait adjugé un congé-défaut, et, par suite de conséquences, que l'art. 443 ne pourrait recevoir une utile application en matière de congé-défaut. Nous ferons connaître, sur l'art. 455, l'espèce dans laquelle cet arrêt a été rendu, et nous discuterons les motifs de la décision qu'il renferme.

[Nous avons dit, sur la *Quest.* 617, quels sont, d'après nous, les droits du défendeur, lorsque le demandeur ne comparaît pas, et les devoirs du tribunal selon l'usage que le défendeur veut faire de ses droits.

Il en résulte que, si le défendeur ne veut pas tirer de l'absence du demandeur d'autre avantage que celui d'être mis hors d'instance sans qu'il soit rien statué au fond, le devoir du tribunal se borne à lui allouer les fins de sa demande.

Si, au contraire, ne voulant pas quitter le prétoire sans obtenir une solution définitive, il requiert le tribunal de juger le fond de la cause, le tribunal ne peut s'y refuser, et il doit alors examiner la demande et les moyens de défense, pour prononcer entre les deux en connaissance de cause.

Au moyen de cette distinction, il est facile de décider la question de savoir si l'appel d'un jugement de congé-défaut est recevable.

Non, si le tribunal a prononcé le congé sans juger le fond de la cause; car alors le premier degré de juridiction n'est pas épuisé; il faut renouveler devant lui la demande dont il n'a pas été régulièrement saisi.

Oui, si le fond de la cause a reçu jugement après examen préalable; car, dans ce cas, le procès a subi le premier degré de juridiction.

Si donc nous avons blâmé, sur la *Quest.* 617, un arrêt de la cour de Dijon du 12 mars 1829 (Sirey, t. 30, p. 111), qui avait admis l'appel dans cette dernière circonstance, c'est parce que le grief qu'il a reproché au jugement était d'avoir jugé le fond de la cause, ce que bien certainement il devait faire, puisqu'il en avait été requis par le défendeur.]

il a conservé la faculté de représenter tous ses moyens, de quelque nature qu'ils soient, dans le débat sérieux qui sera plus tard provoqué par l'opposition de son adversaire.

Rien n'empêchera donc qu'il propose les fins de non-recevoir qu'il aurait utilisées dès le premier pas, si son adversaire n'avait pas reculé. (Angers, 15 janv. 1829, et Lyon, 7 février 1834 ; Sirey, t. 34, p. 337.)

Voir notre *Quest.* 617, sur la distinction à faire entre le jugement ou l'arrêt de défaut par lequel le défendeur ou l'intimé obtient jugement au fond et ceux qui se bornent à le renvoyer de la demande sans examiner celle-ci.]

1567. ***De quel jour court le délai pour interjeter appel des jugements par défaut?***

Cette question est résolue par le texte même de l'art. 443 : aussi ne l'avons-nous posée qu'afin d'avertir qu'il est nécessaire de rapprocher de sa seconde disposition celle des articles 157, 158 et 159. (*Voy.* nos quest. sur ces articles.)

[Il faut en rapprocher aussi l'art. 162, d'après lequel l'opposition signifiée par acte extrajudiciaire est comme non avenue, si on ne la renouvelle dans la huitaine par requête d'avoué. Dans le cas que prévoit cet article, c'est de l'expiration de cette huitaine que commence à courir le délai d'appel. (Besançon, 21 mai 1810, Dalloz, t. 14, p. 433, Paris, 11 nov. 1813, et Rennes, 25 juin 1818, Dalloz, t. 14, p. 402. — *Voy.* aussi nos observations sur la *Question* 1569.)]

1568. ***Lorsque le jugement rendu faute de constitution d'avoué a été exécuté, le condamné peut-il en interjeter appel, s'il n'a fait aucune protestation contre cette exécution?***

Il paraît contradictoire qu'on puisse appeler d'un jugement entièrement exécuté; cependant la loi le permet, dans le cas d'un jugement par défaut *faute de constitution d'avoué*. Autrement, il faudrait borner l'application de la seconde disposition de l'art. 443 aux jugements faute de plaider, et ce serait faire une exception que la loi n'a pas faite; ce serait suppléer une distinction qu'elle n'a pas établie, et qu'on ne trouve dans aucun arrêt ni dans aucun auteur. L'exécution forcée du jugement ne peut donc être opposée comme fin de non-recevoir contre l'appel, et nous ne voyons pas qu'il soit besoin, pour l'éviter, que la partie ait fait, sur les actes d'exécution, la réserve d'interjeter appel; mais si elle avait volontairement participé à ces actes, si, de plein gré, elle avait donné des consentements, demandé des délais, ou fait des offres ou des payements, etc., elle ne serait plus recevable dans son appel, non par le seul motif que le jugement aurait été exécuté contre elle, mais par la raison qu'elle y aurait acquiescé. (*Voy.* Demiau, p. 321, et les *Questions* de Lepage, p. 298) (1).

[Un arrêt de la cour de Nîmes, du 16 août 1809 (Dalloz, t. 2, p. 126), a consacré cette doctrine qui ne nous paraît pas susceptible de doute, et qu'enseigne Favard, t. 1, p. 173, n° 11; elle résulte aussi d'un arrêt de la cour de Rennes, du 13 juillet 1809, que Carré citait à sa note *jurisprudence*, comme ayant décidé que, si la partie condamnée par défaut faute de constitution d'avoué ne s'est pas rendue opposante, le délai d'appel ne court contre elle que du jour où l'exécution a été consommée.]

1569. ***Un jugement rendu par défaut, contre une partie qui avait constitué avoué, doit-il, pour faire courir le délai de l'appel, être signifié, non pas seulement à cet avoué, mais à personne ou domicile?***

L'art. 443 fait courir le délai de trois mois pour interjeter appel des jugements par défaut, du jour où l'opposition ne sera plus recevable; et l'art. 157 n'accorde que huit jours pour former opposition à un jugement par défaut rendu contre une partie ayant un avoué: donc la simple signification à avoué du jugement par défaut faisant courir le délai de l'opposition, et celui de l'appel courant à son tour du jour où l'opposition n'est plus recevable, il s'ensuit que le condamné par défaut qui a constitué avoué, n'a pour appeler que trois mois huit jours, à partir de la signification à son avoué.

Cette opinion, qui est celle de plusieurs auteurs, avait été contredite par d'autres, et cette controverse donna lieu à la discussion contenue au n° 1437 de notre *Analyse*. Mais la cour de cass. a tranché toute difficulté, en déclarant positivement par deux arrêts, l'un du 5 août 1813, l'autre du 21 déc. 1814 (*voy.* Sirey, t. 13, p. 446, et t. 15, p. 328; Dalloz, t. 2, p. 116), que l'art. 147 n'est ici d'aucune considération, et qu'il résulte des art. 157 et 443 combinés que le délai d'appel court à partir

(1) A la vérité nous avons dit, t. 2, p. 63 et suiv., que l'opposition n'était plus recevable après l'exécution, et qu'ainsi la partie condamnée doit faire sa déclaration de s'opposer avant que le jugement soit exécuté. Comment, dira-t-on, concilier cette décision avec la précédente?

Nous répondrons que la conciliation de ces deux solutions se trouve dans les termes des art. 158 et 443. Le premier dit que l'opposition sera recevable *jusqu'à l'exécution :* donc elle cessera de l'être après; le second porte que, pour les jugements par défaut, le délai courra du jour où l'opposition ne sera plus recevable : donc l'appel est recevable après l'exécution.

de la signification du jugement à l'avoué, encore bien que cette signification n'ait pas été renouvelée à personne ou à domicile, selon le vœu de l'article 147 (1).

[Telle est la jurisprudence de la chambre des requêtes, et celle des cours de Brux., 11 mai 1812, 31 janv. 1818 (J. de B., 1818, 1er, p. 272, et 1836, 2e, p. 385), et 20 juill. 1836, de Gand, 8 juin 1841 (J. de B., 1841, p. 383; Bull. de cass. de Brux., 1836, p. 346), de Liége, 19 janv. et 11 mars 1809, et 5 juin 1826 (Rec. de Liége, t. 1, p. 451, et t. 10, p. 200; *Pasicrisie* à ces dates); Riom, 25 août 1812 (Dalloz, t. 2, p. 116); Rennes, 2 janv. et 30 avril 1813, 22 juin 1814 (Dalloz, t. 14, p. 456); Paris, 5 janv. 1825 (Sirey, t. 32, p. 639); Montpellier, 13 juin 1825 (Sirey, t. 26, p. 66); Nîmes, 7 févr. 1832 (Sirey, t. 32, p. 630), et 23 avril 1833, et Colmar, 19 juill. 1839 (Sirey, t. 39, p. 203). C'est enfin la doctrine admise par Boitard, t. 3, sur l'art. 443, et soutenue vivement par Merlin, *Quest.*, vo *Appel*, § 8, art. 1, no 10.

Mais la chambre civile de la cour de cassation l'a repoussée par ses arrêts des 18 décembre 1815, 24 avril 1816 (Dalloz, t. 2, p. 119; Sirey, t. 16, p. 206), et 12 mars 1816 (Sirey, t. 16, p. 332 et 385), 29 nov. 1836 (arrêt de cassation), auxquels viennent se joindre les arrêts des cours de Nancy, 9 juill. 1811, Paris, 10 août 1811, et 28 juin 1814, Metz, 31 déc. 1818 (Sirey, t. 12, p. 212), Montpellier, 26 juill. 1825, Poitiers, 20 févr. 1827 (Sirey, t. 27, p. 228), Bordeaux, 26 mai 1827 (J. de cette cour, t. 2, p. 280), Bourges, 29 mai 1830, Bastia, 25 juill. 1831, Toulouse, 17 déc. 1832 (Sirey, t. 33, p. 263), Nancy, 16 juillet 1833, et Bastia, 25 févr. 1834; Liége, 31 mai 1837 (J. de B., 1838, 2e, p. 219), et que fortifie l'autorité de Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 13 et 14, de Dalloz, vo *Appel*, p. 116, de Poncet, *Traité des jug.*, p. 316, de Berriat, *h. t.*, no 43, de Favard, t. 1, p. 172, no 9, de Thomine, no 494, mais *voy.* la note critique de l'édit. belge, et de Talandier, no 155. Nous adoptons aussi cette dernière opinion.

L'erreur où nous paraissent être ceux qui la combattent vient de ce qu'ils ont voulu voir dans l'art. 443 une disposition régulatrice des conditions nécessaires pour que le délai d'appel puisse courir, tandis que cet article ne s'occupe que de la durée et du point de départ de ce délai.

Quant au point de départ, il établit une différence entre les jugements contradictoires et les jugements de défaut : à l'égard des premiers, il le fixe au jour de la signification à personne ou domicile; à l'égard des seconds au jour où l'opposition n'est plus recevable.

Mais en lisant avec attention l'art. 443, on remarquera, à la contexture de cette disposition, qu'elle n'est point faite pour établir la nécessité d'une signification à personne ou domicile; qu'elle suppose, au contraire, cette nécessité préexistante, la mentionnant sous une forme qui, bien loin d'être impérative, est purement énonciative.

Si un article antérieur et formel eût fait de la signification à domicile ou à personne une condition essentielle de l'ouverture du délai d'appel pour toute espèce de jugement, l'arti-

---

(1) [Nous croyons devoir reproduire ici le passage de l'*Analyse* de Carré, parce que dans ce premier ouvrage notre savant maître avait adopté l'opinion que nous allons soutenir, et que, dans ses *Lois de la procédure*, il ne faisait que céder à l'autorité de la cour de cassation. Carré ajoutait donc après le premier alinéa qu'on vient de lire :

« Voilà les raisons que l'on donne pour la négative de la question ci-dessus posée. Pigeau, t. 1, p. 566, professe cette doctrine; Hautefeuille, t. 2, p. 69, no 543 de l'édit. de la Soc. Typ., paraîtrait être du même avis, et, comme il cite deux arrêts, l'un de la cour d'Orléans du 16 mars 1808, l'autre de la cour de cass. du 11 octobre 1809 (Dalloz, t. 2, p. 78; Sirey, t. 10, p. 76), on pourrait croire que c'est l'opinion de ces deux auteurs qui doit obtenir la préférence. Nous ne connaissons ni l'espèce ni le dispositif de l'arrêt de la cour d'Orléans; quant à celui de la cour de cassation, (Sirey, t. 10, p. 76), il décide seulement que l'art. 455, C. proc., s'applique à l'appel des jugements par défaut émis depuis, mais rendus avant sa publication.

» Ainsi, nulle induction à tirer de cet arrêt de la cour suprême.

» En faveur de l'affirmative de notre question, on trouve au t. 1er, p. 238 de la *Bibliothèque du barreau*, 1re partie, un extrait du J. des décis. not. de la cour de Brux., où sont détaillés les abus et les contradictions qui résulteraient de l'opinion de ceux qui, s'attachant rigoureusement aux termes des art. 157 et 443 combinés, soutiennent que la signification à avoué est suffisante. Mais les rédacteurs se bornent à signaler au législateur la nécessité de déclarer, par voie d'interprétation ou par une disposition nouvelle, que l'art. 443 ne s'applique, comme plusieurs praticiens l'ont pensé, qu'aux seuls jugements par défaut rendus faute de constitution d'avoué, et qui sont nécessairement signifiés à partie.

» On sentira sans doute qu'en attendant que cette distinction soit consacrée, les juges ne pourraient la faire sans excès de pouvoir. Mais deux arrêts, l'un de la cour de Paris du 3 février 1810 (Dalloz, t. 2, p. 118; Sirey, t. 12, p. 212), l'autre de la cour de Nancy du 9 juillet 1811 (Dalloz, t. 2, p. 118), nous paraissent donner la seule solution qui convient à la question qui nous occupe : ils ont déclaré qu'un jugement par défaut obtenu contre avoué et devenu définitif par l'expiration du délai d'opposition, doit être signifié à personne ou domicile, ainsi qu'un jugement contradictoire. On trouvera, dans les considérants très-développés de la cour de Nancy, les motifs qui doivent déterminer à se conformer à ces décisions.

» De là nous concluons que le délai pour l'appel des jugements rendus faute de plaider ou contre avoué, ce qui est la même chose, commence son cours le lendemain de l'expiration de la huitaine de la signification à avoué, si le jugement a été également signifié à la partie, ou le lendemain seulement de cette signification à partie, si elle n'est faite qu'après l'expiration de cette huitaine. (*Voy.* Demiau, p. 320.) »]

cle 443, venant plus tard en fixer le point de départ, ne se fût pas exprimé autrement qu'il ne l'a fait. Et certes, dans ce cas, d'après cette supposition, on n'aurait pas pu conclure de son texte que, nécessaire pour faire courir le délai d'appel des jugements contradictoires, la signification à personne ou à domicile ne le fût point pour les jugements par défaut.

C'est qu'en effet, l'art. 443 n'a pas eu pour but de créer cette condition, et il le faudrait pour que la conséquence qu'on veut en tirer fût logique; pour que la différence d'expressions entre les deux membres de phrase dût être considérée comme rendant cette condition obligatoire dans un cas, et non pas dans l'autre (1).

Si l'art. 443 n'a voulu statuer que sur le point de départ, qu'on ne veuille donc pas lui faire produire un tout autre effet.

Une disposition particulière exigeant la signification à personne ou à domicile, pour faire courir le délai d'appel à l'égard de tout jugement, n'est pas sans doute expressément écrite; mais elle est de droit naturel, et voilà pourquoi l'art. 443 la présuppose, ainsi que nous l'avons fait remarquer.

Qui contestera, en effet, qu'il ne soit essentiel de faire connaître le jugement à la personne même qu'il intéresse, pour la mettre en demeure d'user des voies de recours qui lui sont ouvertes par la loi? L'art. 443, quoique n'établissant pas ce principe d'une manière directe, empêche du moins, par le rappel qu'il en fait, de le révoquer en doute, en ce qui concerne les jugements contradictoires. Cependant, de tels jugements sont toujours censés connus des parties, puisqu'elles ont été présentes, par elles-mêmes ou par leurs mandataires, à la prononciation. Et l'on voudrait que les jugements de défaut, pour lesquels une semblable présomption n'existe pas, pussent acquérir l'autorité de la chose jugée sans signification à partie? ce serait une contradiction monstrueuse. Merlin en convient, mais il dit qu'elle est dans la loi, et qu'il n'appartient qu'au législateur de la réformer. Comment est-elle dans la loi? parce que l'art. 443 parle de la signification à partie pour les jugements contradictoires, et qu'il n'en parle pas pour les jugements de défaut.

Raisonner ainsi, c'est supposer que l'article 443 est destiné à régler autre chose que le point de départ du délai, et nous venons de faire voir que c'est là son unique portée.

Dans le premier cas, le point de départ dépendra exclusivement du jour de la signification à partie; dans le second, il sera encore subordonné à l'expiration du délai de l'opposition : parce qu'on n'a pas voulu que les deux délais, celui de l'opposition et celui de l'appel, concourussent ensemble; parce qu'on a eu l'intention de les ménager tous deux intégralement à la partie condamnée, ainsi que l'a considéré la cour de Nancy, dans son arrêt du 18 janv. 1833 (Sirey, t. 34, p. 410); parce qu'enfin l'appel n'étant pas recevable pendant le délai de l'opposition (art. 455), les trois mois n'auraient pas été complets pour l'exercice de la faculté d'appeler, s'ils avaient commencé à courir avant que le délai de l'opposition fût expiré (2).

Voilà pourquoi la loi parle de la signification à partie quand il s'agit des jugements contradictoires, et n'en parle pas quand il s'agit des jugements par défaut. Mais rien, dans tout cela, qui annonce qu'elle exige cette signification dans un cas, qu'elle ne l'exige pas dans l'autre; car la disposition qui nous occupe n'a pour but ni de l'exiger ni d'en dispenser.

Ainsi, aucun texte de loi ne proclame expressément la nécessité de la signification à personne ou domicile, pour faire courir le délai d'appel, et cependant cette nécessité est supposée par quelques textes, notamment par le premier paragraphe de celui qui fait l'objet de cette discussion. Concluons de là qu'elle repose sur des principes non écrits. Or ces principes, Merlin le reconnaît, sont autant et plus puissants en matière de jugements par défaut qu'en matière de jugements contradictoires. Donc il faut les appliquer aux premiers autant et à plus forte raison qu'aux seconds.

Merlin soutient, il est vrai, que le principe en vertu duquel nul ne peut être déchu d'une voie de recours s'il n'a pas été mis à même de l'employer, est quelquefois méconnu par la loi. Par exemple, dit-il, dans le cas d'un jugement par défaut contre avoué en matière susceptible du dernier ressort, l'appel ne sera jamais recevable; l'opposition ne le sera plus huitaine après la signification à avoué; ainsi le jugement acquerra force de chose jugée sans avoir été signifié à partie.

Oui, sans doute; mais, dans ce cas, la signification à avoué suffit pour mettre la partie à même d'user de sa voie de recours; elle ne suffirait pas dans le cas qui nous occupe.

L'avoué a pouvoir d'occuper devant le tribunal où l'instance est pendante jusqu'au jugement définitif. Son mandat général lui suffit

(1) [*Voy.*, au titre du tribunal de commerce, *Question* 1644 *bis*, notre opinion sur la question de savoir si le jugement de faillite doit être signifié, pour que les délais d'opposition puissent courir.]

(2) [Et quoique cette dernière raison ne puisse pas s'appliquer aux jugements émanés des tribunaux de commerce, la généralité des termes de l'art. 582 ne permet pas le doute. De cet article, adopté par le législateur en 1838, ne peut-on pas induire un argument bien grave en faveur de notre opinion?]

pour former l'opposition, et la preuve, c'est qu'elle doit l'être par requête d'avoué, comme n'étant que la continuation de l'instance commencée. Enfin l'avoué sait bien par quel motif il a laissé prendre défaut; il peut donc, sans de nouvelles instructions, se décider sur le parti qu'il faut adopter relativement à l'opposition. S'il s'agit d'appel, c'est une instance nouvelle à entreprendre; l'avoué n'a pas pouvoir de le faire; c'est un acte essentiellement personnel à la partie, et qu'un avertissement personnel seul peut la mettre en demeure d'exécuter.

Ainsi nulle parité entre les deux cas. Pour le premier, nos arguments demeurent dans toute leur force.

Si un jugement de défaut faute de conclure est signifié à partie avant l'expiration du délai de l'opposition, le délai de l'appel ne commencera néanmoins à courir qu'après l'accomplissement du premier.

Mais la seule expiration du délai de l'opposition ne donnera pas ouverture à celui de l'appel, si la signification à partie n'a pas eu lieu. Il ne pourra courir qu'après une telle signification faite postérieurement, et, dans ce cas, elle lui servira de point de départ.]

[**1569 bis.** ***De quel jour court le délai à l'égard de la partie condamnée par jugement rendu sur sa simple requête et sans contradicteur?***

Quoique, d'après les principes exposés sur la *Quest.* 378, un pareil jugement, étant un acte de la juridiction gracieuse, ne soit pas, par cela même, susceptible d'appel, il est néanmoins quelques exceptions, formellement indiquées par la loi, comme on peut le voir, notamment sur la *Quest.* 1492 *bis*, art. 417, et *infrà*, *Quest.* 1581 *quinquies*. C'est à l'égard de ces exceptions que la question se présente.

Supposons donc qu'un créancier ait présenté requête au tribunal de commerce pour faire déclarer son débiteur en faillite, que le tribunal ait refusé cette déclaration, et que le créancier, se trouvant lésé dans ses droits, veuille en appeler, dans quel délai devra-t-il le faire? De quel jour comptera-t-on ce délai?

La difficulté vient de ce que la partie n'ayant pas de contradicteur, le jugement ne lui sera point signifié. Et l'art. 443 fait partir le délai du jour de la signification. Le créancier aura-t-il le droit d'appeler pendant trente ans? Ce serait exorbitant. Il faut donc décider que le délai ordinaire de trois mois sera applicable, et, comme la partie ne peut ignorer un jugement rendu sur sa requête, qu'elle ne peut prétendre qu'il soit à son égard jugement de défaut, la raison veut que, nul autre point de départ n'ayant été marqué, ce soit du jour de la prononciation du jugement que le délai soit censé courir.

L'art. 858, C. proc., offre un cas d'analogie qui justifie parfaitement cette décision, puisqu'il décide, en matière de rectification d'actes de l'état civil, que, dans le cas où il n'y a d'autre partie que le demandeur en rectification, et où il croit avoir à se plaindre du jugement, il peut, *dans les trois mois de la date du jugement,* se pourvoir à la cour royale. Aussi la cour de Rennes a-t-elle décidé, le 25 mai 1838, que le créancier dont la requête en déclaration de faillite a été rejetée, ne peut interjeter appel que dans les trois mois de la prononciation du jugement.

Quant à la forme de cet appel, *voir* sur l'article 456, la *Quest.* 1645 *ter*.]

1570. ***Si, de plusieurs parties ayant le même intérêt, l'une s'est pourvue par la voie de l'opposition dans le délai utile, et les autres par la voie de l'appel, les délais de l'opposition étant expirés à leur égard, y a-t-il lieu à renvoyer les appelants devant le tribunal saisi de l'opposition?***

Hautefeuille, p. 250, cite un arrêt de la cour d'Orléans du 6 déc. 1809, qui a décidé que les parties qui se sont rendues appelantes doivent être renvoyées par la cour à procéder sur l'opposition formée par leur coïntéressé, et qui leur devient commune. Mais nous croyons, d'après la solution donnée sur la *Quest.* 1565, que cette décision ne peut être admise qu'autant que les intérêts communs des parties se rapportent à un objet indivisible de sa nature. (*Infrà*, sur l'art. 444.)

La décision de Carré est exacte : si la matière est divisible, et qu'il n'y ait point de solidarité entre les coïntéressés, chacun doit suivre séparément son opposition et son appel.

Si la matière est indivisible ou solidaire, le jugement contradictoire à l'égard de l'un l'est aussi à l'égard de l'autre; et, lorsque le jugement est par défaut pour tous deux, la déchéance de l'un à former opposition doit s'étendre à l'autre (voy. *Quest.* 1565); d'où il suit que, dans les deux cas, l'appel devient pour tous les consorts la seule voie admissible.

C'est ce qu'a jugé la cour de Limoges, par un arrêt du 1er fév. 1812, cité dans l'ouvrage de Talandier, n° 80, qui en approuve la décision.]

1571. ***La partie qui a formé opposition peut-elle en abandonner la poursuite pour prendre la voie d'appel?***

La négative a été jugée par un arrêt de la cour du Lyon du 14 déc. 1810 (Dalloz, t. 9, p. 187). La décision de cet arrêt nous paraît fondée sur ce passage de l'Exposé des motifs du titre de l'appel : « Le droit d'opposition est

accordé par la loi comme le moyen qui doit être employé, et non pour qu'on ait le choix de prendre cette voie ou d'interjeter appel. Si le délai pour s'opposer est expiré, la loi présume que la partie condamnée n'a point été à portée ou à temps de fournir ses moyens d'opposition, et elle lui conserve encore la ressource de l'appel. » Il suit nécessairement de cette explication que la partie qui a formé son opposition ne se trouve plus dans le cas prévu par la loi, et qu'elle ne peut conséquemment s'en désister, pour prendre la voie de l'appel. (Voy. *suprà*, la règle générale.)

[On peut dire, pour justifier la solution donnée par la cour de Lyon, qu'elle est une suite naturelle de la disposition de l'art. 455, d'après lequel l'appel n'est pas recevable pendant les délais de l'opposition. Si on veut se pénétrer de l'intention du législateur, on demeurera convaincu que son but a été, dans cet article, d'empêcher que deux voies ordinaires fussent simultanément ouvertes contre un jugement, et ce but ne serait pas rempli si, après avoir formé opposition au jugement, la partie pouvait prendre la voie de l'appel.

Cependant, ceci ne doit pas être entendu d'une manière absolue; sans doute, les deux voies de l'opposition et de l'appel ne doivent pas concourir et se poursuivre ensemble; mais si on n'use de la seconde qu'après s'être formellement désisté de la première, il est clair que le concours n'a plus lieu, et que dès lors l'appel devient recevable. Or, peut-on refuser à une partie le droit de se désister de son opposition, lorsqu'on lui accorde celui de ne pas la former ou de la laisser juger par défaut, sans que ces circonstances lui ôtent la faculté de l'appel? C'est, en effet, ce qu'enseigne avec raison Boitard, t. 3, sur l'article 443, et ce qu'a consacré, dans l'espèce d'une opposition formée, mais non soutenue, la cour de Bordeaux, 7 décembre 1831.

La question posée nous paraît donc devoir être résolue par une distinction : la procédure d'opposition encore subsistante rend l'appel nul et irrecevable; mais celle dont on s'est désisté ne fait aucun obstacle à l'appel qu'on veut lui substituer, pourvu toutefois que la partie ne soit plus dans le délai de l'opposition (art. 455).

L'arrêt de la cour de Lyon, cité par Carré, est rendu dans une espèce où le désistement n'avait pas eu lieu; il en est de même d'un arrêt de la cour de Grenoble du 19 mars 1825, qui juge dans le même sens, et rien n'indique qu'il en soit autrement de deux autres arrêts qui consacrent la même solution (Metz, 30 avril 1813, et Rouen, 30 nov. 1826).

Au contraire, il y avait eu désistement de l'opposition dans l'espèce des arrêts des cours d'Angers, 5 mai 1830 (Sirey, t. 31, p. 85), et de Poitiers, 31 déc. 1830, qui ont déclaré l'appel recevable.

Ainsi notre distinction se trouve consacrée par la jurisprudence.

Remarquons que le désistement ne serait pas même nécessaire, si l'opposition relevée contre le jugement de défaut l'avait été hors des délais, ou que, formée par acte extrajudiciaire, elle n'eût pas été réitérée dans la huitaine, ou qu'enfin elle fût entachée de toute autre nullité. Elle serait comme n'existant pas, et dès lors on pourrait se montrer moins rigoureux, et accueillir l'appel qui serait relevé avant le désistement de cette opposition sans valeur, et avant que les premiers juges eussent statué. Ainsi l'ont jugé, avec raison, les cours de Brux., 29 mess. an XIII, Paris 11 nov. 1813, Rennes, 25 juin 1818 (Dalloz, t. 14, p. 402), et Bordeaux, 2 août 1831. La cour de Rennes a jugé, au contraire, arrêt du 24 nov. 1829, que l'opposition existe et veut être vidée tant qu'elle n'a pas été déclarée nulle par jugement.

Cet arrêt a encore jugé, ainsi que la cour d'Orléans, le 25 mars 1814, et la cour de Grenoble, par son arrêt précité, que l'opposition formée par acte extrajudiciaire, quoique non réitérée dans la huitaine, pouvait quelquefois être un obstacle à l'appel; parce que, si le jugement n'a pas encore été exécuté, une nouvelle opposition est encore recevable, et qu'un tel appel tomberait sous la prohibition de l'article 455. L'interprétation que nous avons donnée, sur la *Quest.* 663, à l'art. 159, C. proc. civ., est exclusive de cette doctrine; car nous avons décidé que l'opposition extrajudiciaire, ne permettant pas de douter que la partie eût connaissance de l'exécution, arrêtait le délai de l'opposition. C'est ainsi que l'a jugé la cour d'Orléans elle-même, le 21 janv. 1808.

Faisons d'ailleurs observer, avec la cour de Rennes, 6 janv. 1836, que, l'art. 455 n'étant pas applicable aux tribunaux de commerce (*voy.* la *Quest.* 1637), l'appel d'un de leurs jugements pourrait, par exception à la doctrine que nous venons d'émettre, être relevé pendant l'instance d'opposition, et n'en serait pas moins recevable, pourvu qu'il fût subordonné au rejet de l'opposition et qu'il n'eût point concouru avec elle.]

§ III. *De l'appel incident.*

[**1571 bis.** ***Quels sont les caractères de l'appel incident, et dans quel cas est-il nécessaire d'employer cette voie de recours?***

Ainsi que Carré le fait observer dans ses Préliminaires au présent titre, et que l'enseignent Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part. 4ᵉ, tit. Iᵉʳ, chap. 1ᵉʳ, sect. 3, n° 2, Poncet, n° 274, Boitard, t. 3, sur l'art. 443, et Talandier, n° 401, *l'appel principal* et *l'appel incident* ne se distinguent entre eux que par l'antériorité ou la postériorité. L'importance de leur objet res-

pectif n'entre pour rien dans la détermination de leur caractère; l'appel incident n'est pas d'ailleurs nécessairement accessoire à l'appel principal, il peut avoir un objet distinct et séparé; aussi, quelques auteurs proposent-ils de changer leur dénomination comme pouvant induire en erreur, et de la remplacer par celle-ci, qui est beaucoup plus caractéristique, *appel originaire, appel incident.*

Au reste, le principe que l'antériorité seule distingue le premier du second, a été consacré par les cours de Rennes, le 3 juillet 1813, et de Colmar, 20 fév. 1820 (Dalloz, t. 20, p. 519; Sirey, t. 20, p. 177).

Carré, en citant ce dernier arrêt à sa note *Jurisprudence,* l'accompagnait de la réflexion suivante : « Cette décision, qui a déclaré *incident* l'appel relevé sur le fond de la cause, et *principal* celui qui frappait la disposition accessoire concernant une compensation de dépens, par le motif que ce dernier avait précédé l'autre, est importante en ce que l'on ne peut opposer à celui dont l'appel est qualifié incident, qu'il eût laissé passer le délai ou qu'il n'eût pas signifié son acte d'appel à personne ou domicile. »

On demande quels sont les cas où la voie de l'appel incident est indispensable à l'intimé pour soutenir ses prétentions?

Elle l'est, sans doute, toutes les fois que, le jugement attaqué ayant décidé contre lui un point de la cause, soit en prononçant une condamnation à son égard, soit en le déboutant d'une demande, il veut le faire réformer sur ce chef. Il est certain que, si l'intimé n'interjette pas un appel formel, les juges supérieurs ne seront pas saisis de ce point de la cause, ne pourront l'examiner, et par conséquent, le jugement acquerra la force de la chose jugée.

Mais si le jugement, entre deux moyens que l'intimé présentait pour obtenir gain de cause, a rejeté l'un et adopté l'autre; si, sans s'arrêter à une fin de non-recevoir, il a accueilli sa défense au fond; nous croyons que, pour reproduire en appel le moyen du fond ou la fin de non-recevoir, passés sous silence, l'intimé n'a pas besoin de se porter incidemment appelant. De quoi appellerait-il puisque ses conclusions ont été accueillies? puisque, par un moyen ou par un autre, il a réussi dans ses prétentions?

Qu'il représente en temps utile (1) les moyens mis de côté afin d'appuyer le jugement qui lui est favorable, afin de le faire maintenir par d'autres motifs, si ceux qu'il avait adoptés paraissent insuffisants, rien de plus naturel; mais pour appeler il faut avoir été lésé dans ses prétentions, et ce cas n'existe pas pour lui.

Notre opinion a été consacrée par arrêts des cours de Bourges, le 23 avril 1825, et d'Orléans, 19 juin 1829 (Sirey, t. 33, p. 447).

Mais on oppose deux autres arrêts, l'un de la cour d'Agen, du 1er juillet 1824, l'autre de la cour de cassation, du 18 juin 1816 (Sirey, t. 17, p. 158; Dalloz, t. 10, p. 438). Dans l'espèce de ce second arrêt, la position des parties était toute particulière, et nous ne pensons pas qu'on puisse l'opposer. En effet, la cour de cassation semble décider que, devant la cour royale, on n'avait pas reproduit le moyen rejeté en première instance; il était alors évident que le pourvoi n'était pas fondé.

Nous persistons à penser qu'il faut toujours distinguer, pour appliquer la nécessité de l'appel incident, le cas où l'intimé a perdu sur une partie quelconque de ses conclusions au fond, du cas où on a seulement rejeté ses moyens accessoires de défense.]

1572. *L'appel incident de l'intimé doit-il être signifié par acte à personne ou domicile? Peut-il, au contraire, être formé par acte d'avoué à avoué?*

[*Ou par conclusions verbales sur l'audience? même dans le cas de défaut?*]

La cour de Rennes, par arrêt du 3 fév. 1808, a jugé la première branche de la question pour l'affirmative. La cour de cassation s'était déjà prononcée de la même manière, par arrêt du 12 fév. 1806 (Dalloz, t. 2, p. 168), et sous l'empire du Code, le 26 oct. 1808 (Dalloz, t. 2, p. 157; Sirey, t. 9, p. 98), elle a résolu la question dans le même sens, puisqu'elle n'a pas admis un moyen tiré de ce qu'au mépris de l'art. 456, l'appel avait été simplement signifié d'avoué à avoué. Il serait inutile de rapporter les nombreux arrêts des cours d'appel qui sont conformes à cette jurisprudence, désormais fixée d'une manière irrévocable.

Un arrêt de la cour de Pau, du 1er avril 1810, a même décidé que l'appel incident était valablement interjeté par des conclusions prises à l'audience. Cette décision n'est, en effet, qu'une conséquence de la solution ci-dessus donnée.

[Si l'art. 456, C. proc., exige que l'acte d'appel soit signifié à personne ou domicile dans la forme ordinaire des exploits d'ajournement, c'est qu'il ne s'occupe que de l'appel principal introductif d'une instance nouvelle, laquelle, comme toutes les instances, ne peut avoir pour origine qu'un exploit d'ajournement. Mais rien n'annonce qu'il ait voulu par là déroger à l'art. 337 du même Code, qui trace, pour toutes les demandes incidentes,

(1) [Voy. *Quest.* 739 *bis,* § 13, n° 3, ce que nous avons dit du droit de l'intimé de proposer en appel la nullité de l'assignation primitive.]

quelle que soit leur nature, la voie du simple acte d'avoué à avoué. L'art. 470 ne rend-il pas d'ailleurs applicables aux tribunaux d'appel toutes les règles établies pour les tribunaux inférieurs? Enfin, quel besoin de former une instance séparée, lorsque l'objet de la seconde serait tellement connexe avec celui de la première qu'il deviendrait indispensable de les joindre, l'une ne pouvant être jugée divisément de l'autre?

Ces raisons sont plus que suffisantes, ce nous semble, pour justifier la jurisprudence qui consacre la validité de l'appel incident formé par acte d'avoué à avoué, et qui se compose, outre les arrêts cités par Carré, de ceux des cours de Bordeaux, 10 mars 1809, Turin, 14 août 1809 (Sirey, t. 10, p. 229), Bourges, 7 fév. 1827, et d'une foule d'autres que les arrêtistes ont négligé de rapporter, tant le principe leur a paru peu susceptible de doute(1).

La doctrine n'est pas moins unanime. (*Voyez*, en effet, Merlin, *Quest. de Dr.*, t. 7, p. 558, Favard, t. 1, p. 182, n° 4, Poncet, n° 311, Thomine, n° 497, et Talandier, n° 404.)

Par voie d'analogie, il faut décider aussi que l'appel incident peut être relevé verbalement à la barre lorsque les circonstances de la défense le rendent nécessaire, sauf à l'adversaire, qui n'aurait pu le prévoir, à demander un renvoi pour se préparer à y répondre (2).

Mais il est clair que, si l'appelant principal faisait défaut, l'intimé qui viendrait demander son congé ne pourrait valablement, par des conclusions orales, saisir la cour de son appel incident; car, pour qu'une contestation reçoive jugement, il faut avant tout que l'objet en soit connu des deux parties; il faut qu'un acte émané du demandeur ait appelé le défendeur à l'audience. De simples conclusions orales ne peuvent remplir cet objet, lorsque le défendeur est absent. Il n'y a donc pas lieu à recevoir, dans le cas de défaut, l'appel incident formulé de la sorte. C'est, au reste, ce qu'ont jugé les cours de Brux., le 14 fév. 1827 (J. de B., t. 1er de 1827, p. 87), et de Limoges, arrêt du 19 avril 1815, cité par Talandier, n° 405, qui en approuve la décision. Il faudrait alors une signification à personne ou domicile. (*Voy.* notre *Quest.* 1576.)]

1578. ***Pour qu'un appel incident puisse être signifié par un acte d'avoué à avoué, et non à personne ou à domicile, faut-il nécessairement que cet appel se rapporte au jugement même à l'occasion duquel celui qui l'interjette est intimé?***]

[***Faut-il aussi qu'il soit dirigé par l'intimé contre l'appelant?***]

Il suffit, dans notre opinion, de rapprocher l'art. 443 des motifs du titre de l'appel développés par les orateurs du gouvernement et du tribunat, pour se convaincre qu'il en résulte clairement que l'exception posée dans la dernière disposition de cet article, c'est-à-dire, la faculté d'appeler incidemment par acte d'avoué, ne se rapporte qu'à l'appel interjeté par l'intimé du jugement qui est l'objet de l'appel antérieur de sa partie adverse.

C'est aussi ce qui a été décidé par la cour d'Aix, le 24 mai 1808, et par celle de Rennes, le 2 juill. 1810 (Dalloz, t. 18, p. 198). Ces deux arrêts ont décidé que la règle générale posée dans l'art. 456, et qui exige la signification de l'appel à personne ou à domicile, doit être observée toutes les fois qu'un intimé appelle incidemment d'un jugement dont sa partie adverse ne s'est pas elle-même rendue appelante.

Par suite de ces principes, il a été jugé par la cour de Rennes, le 3 fév. 1808 (Sirey, t. 8, p. 107; Dalloz, t. 2, p. 69), et le 24 fév. 1809, qu'un appel en adhérant est, comme l'appel principal, soumis aux dispositions de l'art. 456. En effet, le privilége d'interjeter appel incidemment par acte d'avoué à avoué n'appartenant qu'à l'intimé qui appelle lui-même du jugement dont sa partie adverse a interjeté appel avant lui, on ne peut considérer comme un appel incident qui puisse être signifié autrement qu'à personne ou à domicile, celui que l'appelant interjette lui-même d'un autre jugement, et qui est un second appel qu'il joint au premier.

Ainsi encore la cour de Montpellier, par arrêt du 30 avril 1811 (Sirey, t. 14, p. 361; Dalloz, t. 2, p. 161), a jugé que, lorsqu'un jugement a condamné solidairement le mari et la femme, le mari, après son intervention sur l'appel interjeté par cette dernière, ne peut se rendre incidemment appelant du même jugement par acte d'avoué à avoué. En effet, on ne peut dire qu'il existe ici un appel principal de l'adversaire auquel l'appel du mari se rattache.

---

(1) [La cour de Rennes a jugé, le 4 oct. 1811 (Dalloz, t. 14, p. 293), que l'adhésion d'une partie à l'appel de l'autre n'équivaut pas à l'acte exigé pour interjeter un appel incident.]

(2) [En rapportant à sa note *Jurisprudence* un arrêt de la cour de Brux., 24 déc. 1812 (Dalloz, p. 22, t. 464; Sirey, t. 13, p. 247), qui admettait aussi l'appel incident par conclusions verbales, Carré ajoutait : « Cette décision a été motivée sur ce que l'appel incident peut être interjeté en tout état de cause, ce qui exclut, en effet, la nécessité d'une signification préalable; mais du moins il nous semble prudent de renouveler cet appel par acte d'avoué à avoué, car il est nécessaire qu'il existe dans la procédure un acte qui la constate. »

Le conseil est sage, quoique le but puisse également être atteint par les conclusions insérées dans les qualités.]

Toutes ces décisions prouvent qu'il faut se conformer aux dispositions de l'art. 456, dans tous les cas où l'appel incident n'a pas pour objet le jugement même dont il a été antérieurement appelé par la partie adverse.

Il y a plus : par arrêt de la cour de Rennes, du 10 nov. 1810, il a été décidé que l'exception portée en l'art. 443 n'était point applicable au cas où, un jugement ayant été rendu contradictoirement entre trois parties, et la première ayant relevé appel contre la seconde, celle-ci interjetait à son tour appel contre la troisième, aux risques, périls et fortune de l'appelant principal.

Cette décision est remarquable, en ce qu'elle pose le principe que l'appel ne peut être interjeté par un intimé, soit par acte d'avoué, soit après le délai, qu'autant qu'il le dirige contre l'appelant principal qui l'a mis en cause (1).

[L'appel incident jouit, sur l'appel principal, de deux avantages ; premièrement, il est dispensé de la rigueur du délai ; secondement, il peut être relevé par un simple acte ou par des conclusions à l'audience.

Le premier de ces priviléges prend sa source dans l'art. 443, § 3. Mais cet article ne consacre pas le second. L'on sait, en effet, et nous l'avons fait remarquer sur la *Quest.* 1569, qu'il n'est destiné qu'à régler le délai de l'appel : quant aux conditions et aux formes, elles lui sont étrangères. Et, si nous avons décidé (*Quest.* 1572) que l'appel incident n'était pas soumis aux formalités de l'exploit signifié à personne ou domicile, ce n'est pas dans l'article 443 que nous en avons puisé le motif, c'est dans la combinaison des art. 337 et 470. Ainsi, toutes les fois qu'il s'agira des formes de l'appel incident, l'art. 443 ne sera d'aucune considération et ne pourra point fournir d'argument. Nous ne reconnaîtrons son autorité et sa portée qu'en matière de délai. Il est donc nécessaire de séparer la question de forme de celle du délai : ne nous occupons ici que de la première, la seconde sera traitée sous le n° 1575.

Ces réflexions nous semblent suffire pour faire sentir que l'appel incident peut être relevé, soit par l'intimé, soit par l'appelant principal d'un jugement autre que celui qui fait l'objet de l'appel principal.

En effet, la faculté de former des demandes incidentes, dans le cours de l'instruction et par un simple acte d'avoué à avoué, comprend virtuellement, ce nous semble, pour chacune des deux parties le droit de former incidemment appel de tout jugement qui leur est opposé dans le cours de l'instance principale, et, pour l'un des intimés, celui de diriger son appel incident contre un autre intimé.

De ce que le § 3 de notre article s'exprime de la sorte : *L'intimé pourra néanmoins interjeter incidemment appel en tout état de cause,* il n'en faut conclure ni que l'appel incident appartienne exclusivement à l'intimé contre l'appelant, ni qu'il soit restreint au jugement principalement attaqué. Il en résulte seulement que ce n'est que sous ces modifications et avec ces conditions que l'appel incident peut être relevé *en tout état de cause ;* qu'en un mot, ce n'est qu'à l'égard de l'intimé et pour son appel incident du jugement dont est appel principal que l'art. 443 a voulu faire grâce du délai. Mais qu'il ait proscrit tout autre appel incident qui serait interjeté dans le délai, c'est ce qu'on ne saurait prétendre avec quelque apparence de fondement.

Pigeau, *Pr. civ.*, liv. II, part. 4, tit. 1er, chap. 1er, sect. 3, n° 3, qui exprime la même opinion, cite divers exemples pour faire comprendre l'utilité de semblables appels. Merlin, *Quest.*, v° *Appel incident,* § 10, et Poncet, n° 311, enseignent aussi cette doctrine, que Favard, t. 1, p. 182, n° 4, et Talandier, n° 402, condamnent formellement.

Quant à la jurisprudence, elle penche aussi, mais à tort, selon nous, vers le système que nous combattons.

Sur l'appel incident d'un autre jugement, la doctrine de Carré a été consacrée par les arrêts de la cour de cass. des 26 mai 1814 (Dalloz, t. 18, p. 366; Sirey, t. 14, p. 258), et 13 août 1827 (Sirey, t. 28, p. 74), et des cours de Rennes, 9 mars 1820, et de Limoges, 11 avril 1827, cité par Talandier, n° 402. Mais la cour de cass., le 2 germ. an x, et la cour de Nîmes, 7 janv. 1812 (Dalloz, t. 2, p. 162 ; Sirey, t. 14, p. 371), ont déclaré admissibles, sous la forme incidente, les appels de jugements qui ne faisaient pas l'objet de la contestation principale, pourvu qu'à leur égard le délai ne fût point expiré, qu'il n'y eût pas eu d'acquiescement, et

(1) De ce principe, que l'intimé ne peut appeler en tout état de cause, et par acte d'avoué à avoué, que du jugement qui forme l'objet de l'appel principal, il s'ensuit que, si l'appelant veut s'étayer d'un autre jugement, l'intimé ne peut appeler incidemment de ce dernier qu'autant qu'il se trouve dans le délai, et qu'il ne peut le faire par acte d'avoué à avoué. Ainsi, l'on ne suivrait pas une décision de la cour de Nîmes du 7 janv. 1812 (Sirey, t. 14, p. 371 ; Dalloz, t. 2, p. 162), qui, en admettant que l'intimé serait non recevable après le délai, prononce néanmoins qu'il peut encore, en temps utile, former son appel par acte d'avoué à avoué. Il y a, suivant nous, une contradiction manifeste dans cette décision. Au surplus, nous avons rapporté ci-dessus assez d'exemples propres à faire connaître comment on doit appliquer la solution que nous avons donnée.

[En faisant observer qu'il faut distinguer, en ce qui concerne les règles de l'appel incident, le délai et la forme, nous avons répondu au reproche de contradiction que Carré adresse ici à l'arrêt de la cour de Nîmes.]

que la cour saisie de l'instance originaire pût connaître de l'appel du second jugement à raison de la situation du tribunal dont il émanait.

L'arrêt de la cour de cass. du 18 juill. 1815 (Dalloz, t. 2, p. 160; Sirey, t. 15, p. 585), cité par Favard, ne corrobore point son opinion quant à la forme de l'appel incident, puisqu'il n'est fondé que sur l'expiration du délai.

Celui qui a été rendu par la cour de Turin, le 1er avril 1812 (Dalloz, t. 10, p. 51; Sirey, t. 13, p. 92), et qui décide que l'appelant principal ne peut se rendre incidemment appelant des chefs qu'il avait d'abord respectés, ne consacre pas non plus l'opinion d'après laquelle l'intimé seul aurait le droit de former appel incident. Il voit seulement, dans le fait d'un appel principal restreint à certains chefs, un acquiescement aux autres; et c'est en vertu de cet acquiescement qu'il déclare l'appel subséquent irrecevable. Quoique cet avis soit aussi celui de Poncet, n° 322, nous ne le partageons pas, comme on le verra sur la *Question* 1577 *bis*, où nous envisageons la difficulté sous ce point de vue.

Quant à l'appel incident qui se rapporte au même jugement que l'appel principal, plusieurs arrêts décident qu'il ne peut appartenir à l'intimé que contre l'appelant et jamais contre un autre intimé. (*Voyez*, dans ce sens, Besançon, 9 déc. 1826, Turin, 7 juill. 1808, Limoges, 4 déc. 1813, et 10 août 1820 (cité par Talandier, n° 403), Bourges, 12 fév. 1823, Dalloz, t. 2, p. 161; Sirey, t. 23, p. 328, Paris, 23 novembre 1825, Toulouse, 31 mars 1828, Sirey, t. 28, p. 224, Bordeaux, 22 janv. 1834, Agen, 10 mars 1836, et cass., 27 juin 1820.)

Mais déterminées par les principes que nous venons d'exposer, quelques cours ont admis des exceptions à cette jurisprudence. Ainsi, en matière d'ordre, l'appel incident est recevable d'intimé à intimé quand l'appel principal remet en question de l'un à l'autre la chose jugée en premier ressort et l'utilité de la collocation. (Paris, 6 janv. 1826; cass., 31 juill. 1827.) Ainsi encore il a été jugé que l'appel du garanti provoqué par celui du garant peut être formé incidemment par acte d'avoué à avoué. (Limoges, 24 juin 1812, 20 janv. 1823, arrêts cités par Talandier, p. 502 et 504, et Colmar, 19 mai 1826; Sirey, t. 29, p. 135.) Mais, d'après ce que nous disons sur la *Quest.* 1581 *quater*, la position que supposent ces arrêts n'est point possible; l'appel du garanti ne peut être provoqué par celui du garant, puisque l'un est tout à fait indépendant de l'autre. Nous ne pouvons donc accorder la faculté de le relever autrement que dans la forme de l'article 456.

La partie qui, après avoir esté en première instance, n'est ni appelante, ni intimée, mais seulement citée en assistance de cause, peut-elle de son chef relever appel incident? Nous croyons aussi qu'elle le peut, toujours en vertu des mêmes principes. Mais les arrêts se contrarient encore sur ce point. On trouve, pour l'affirmative Bourges, 26 janv. 1822 (Dalloz, t. 2, p. 158; Sirey, t. 22, p. 236); cass., 11 janv. 1832 (Sirey, t. 32, p. 159), et pour la négative Nîmes, 29 janv. 1822. (Voyez *infrà*, la *Quest.* 1578.)]

[1573 bis. ***L'appelant peut-il, pour échapper à la nullité proposée contre son appel, reprendre subsidiairement les mêmes conclusions, incidemment à un appel incident relevé par son adversaire?***

La cour de cass. a jugé la négative, par deux arrêts des 27 avril 1835, et 19 fév. 1838.

Les décisions de la cour suprême nous semblent justifiées, dans ces espèces, par la circonstance que le délai de trois mois depuis la signification du jugement était depuis longtemps expiré, lorsque l'appel principal fut converti en appel incident, et l'on verra, sur la *Quest.* 1575, que l'appelant principal, bien que la forme de l'appel incident ne lui soit pas interdite, comme nous venons de le soutenir sur la question précédente, ne peut pas toutefois, comme l'intimé lui-même, jouir, pour cet appel incident, de la franchise du délai.

Mais le motif qui nous aurait fait décider comme la cour de cassation n'est pas celui qu'elle a adopté. Suivant elle, un appel incident ne pourrait pas être enté sur un autre appel incident. Les principes développés sous le n° 1573 nous paraissent démontrer le contraire. Le premier appel incident étant antérieur au second, n'est-il pas par rapport à lui un véritable appel principal? (V. *Quest.* 1571 *bis.*) Cette vérité était d'autant plus remarquable dans la cause que le premier appel incident, ayant été relevé par exploit, avait acquis par là non-seulement le caractère, mais encore la forme d'un véritable appel principal.

L'objection prise de ce que l'appelant trouverait ainsi toujours moyen d'échapper à la nullité de son acte d'appel n'est d'aucun poids à nos yeux, par la raison que, l'appel incident ne lui étant permis, d'après nous, qu'autant qu'il se trouve encore dans les délais, notre opinion n'a d'autre résultat que de lui faciliter, dans la forme, l'exercice d'un droit qui lui appartenait bien, personne ne contestant qu'il ne puisse, pendant la durée des délais, remplacer par un second acte régulier l'exploit nul qu'il aurait d'abord émis. (*V.* les *Quest.* 1562 *bis* et *ter.*)]

1574. ***Lorsqu'un jugement contient plusieurs chefs, et qu'une partie interjette appel d'un de ces chefs seulement, l'intimé peut-il, par acte d'avoué et après le délai général fixé par l'art. 443, interje-***

ter incidemment appel des autres chefs de ce même jugement?

Cette importante question, objet d'une controverse qui nous oblige de la discuter à fond, a été résolue pour la négative par la cour de Nîmes, le 18 mai 1806, et par celle de Rennes, le 1er août 1810 (Dalloz, t. 2, p. 163; Sirey, t. 14, p. 368). Mais cette dernière l'a décidée dans un sens opposé, les 11 mars 1817 et 3 août 1819; et un excellent mémoire de Neufvillette, servi à la cour suprême dans l'affaire Thomasset et Saquin, nous apprend que la cour de Lyon a donné la même solution.

L'arrêt de Nîmes, après avoir établi que chaque disposition d'un jugement, sur des chefs distincts, est regardée comme un jugement séparé, *tot capita, tot sententiæ*, en tire la conséquence que la voie d'appel principal, et dans les délais, est la seule qui appartienne à la partie condamnée par la disposition séparée, pour enlever à cette disposition l'autorité de la chose jugée. La raison en est que chacun est libre d'acquiescer, par son silence ou expressément, à la chose jugée, et qu'en ce cas n'est point applicable le troisième alinéa de l'article 443, qui autorise l'intimé à interjeter incidemment appel en tout état de cause. (*Voy.* Sirey, t. 9, p. 119.)

L'arrêt de Rennes fait une application plus rigoureuse encore du principe de la divisibilité des jugements. Il décide qu'encore bien que l'appelant principal n'eût pas déclaré, dans son acte d'appel, se borner à attaquer un seul chef du jugement, mais eût au contraire interjeté purement et simplement appel de ce jugement, il suffisait qu'il n'eût à se plaindre que d'un seul chef, et qu'il ne critiquât pas en effet les autres, pour que l'intimé ne pût appeler incidemment, par acte d'avoué à avoué, de ces chefs qui lui porteraient préjudice (1).

Les arrêts contraires de Rennes et de Lyon sont fondés sur ce que l'art. 443 n'établit aucune distinction, et n'admet point la divisibilité du jugement, et sur l'inconvénient que cette doctrine présenterait dans ses résultats, en ce que l'une des parties calculerait son temps, de manière qu'en interjetant l'appel principal à la veille, pour ainsi dire, de l'expiration du délai, elle pourrait ôter à la partie adverse le droit de réclamer contre les chefs dont celle-ci aurait à se plaindre, et par là, rendre nul le secours que la loi lui offre dans l'appel incident.

Nous convenons que l'art. 443 ne distingue point, et qu'aucun texte de notre Code ne pose le principe de la *divisibilité*, d'après lequel chaque décision, sur un chef distinct, serait considérée comme un jugement séparé; mais il en est ici comme d'une foule de maximes et de règles de jurisprudence, que le législateur n'a point consacrées en termes exprès, et qui n'en sont pas moins certaines, parce qu'elles ont eu constamment l'assentiment des magistrats et des jurisconsultes, et sont passées dans la doctrine.

Or, tel est le principe dont il s'agit. Il est formellement établi par les auteurs de la nouvelle collection de Denisart, au mot *Acquiescement*, ainsi que nous le verrons ci-après, sur l'art. 444; il a été reconnu comme reçu *depuis longtemps* par les arrêts de Nîmes et de Rennes, et par celui de la cour de cassation du 26 prairial an XI (Sirey, t. 3, p. 310; Dalloz, t. 2, p. 148).

Dans l'espèce de ce dernier arrêt, le tribunal

---

(1) Nous ferons deux remarques à l'occasion de cet arrêt :

La première, c'est que, dans la *Quest.* 1442 de notre *Analyse*, nous avions tiré du rejet du pourvoi qui fut formé contre lui en cassation, et que prononce un arrêt du 12 sept. 1811, que la cour suprême avait consacré le principe de la divisibilité. Cet arrêt ne se trouve pas dans les recueils publiés jusqu'à ce jour; mais de Neufvillette, dans le mémoire cité ci-dessus, a fait remarquer qu'après la vérification par lui faite sur la minute, la cour n'avait point positivement consacré le principe de divisibilité appliqué par les juges d'appel, le moyen de cassation ayant été rejeté comme illusoire, en ce que, nonobstant la fin de non-recevoir, la cour de Rennes n'avait pas moins prononcé au fond sur le chef du jugement de première instance, qui était l'objet principal de l'appel. Mais, ajoute l'estimable jurisconsulte auquel nous devons le redressement de l'erreur qui nous avait échappé, cet hommage à la vérité ne détruit pas le principe formellement admis par la même cour de Rennes, et nettement consacré par d'autres arrêts, dont la conséquence naturelle et forcée laisse tout son empire à la règle générale sur la voie d'appel principal dans les délais, et à peine de déchéance.

Notre seconde remarque, c'est que Coffinières rapporte l'arrêt de Rennes, dans son *J. Av.*, t. 3, p. 345, et qu'en adoptant la décision de la cour de Nîmes, par le motif que le premier appelant avait *expressément restreint* son appel au chef qui préjudiciait à ses droits, il fait contre celle de Rennes quelques observations, fondées sur ce que, dans l'espèce de cette dernière, l'appel portait au contraire sur l'ensemble du jugement. Nous ne crûmes pas utile de nous expliquer sur ces observations dans notre *Analyse*, parce que nous considérions la question comme décidée par l'arrêt qui avait rejeté le pourvoi. La remarque qui précède nous oblige à faire connaître notre sentiment, qui est conforme à l'arrêt de Rennes. En effet, si nous prouvons, et nous croyons y réussir, que la maxime *tot capita, tot sententiæ* a toujours été reçue dans la jurisprudence, il en résultera qu'elle doit être appliquée, même au cas où l'appelant principal ne *déclare pas formellement qu'il limite son appel* à un chef du jugement. La raison en est sensible; c'est qu'il serait absurde de supposer que l'appel qu'il interjette purement et simplement du jugement, portât sur les chefs à l'égard desquels il a obtenu gain de cause : il est donc nécessairement présumé n'avoir appelé que des seuls chefs qui lui préjudicient, et cet appel ne peut relever de la déchéance l'intimé, seul intéressé à attaquer le jugement en ce qui les concerne.

de Mont-Tonnerre avait eu à statuer sur quelques articles d'un compte, entre les héritiers Winter et Meister. Il en avait adjugé deux et rejeté le troisième.

Les héritiers Winter signifient ce jugement à Meister, avec commandement de l'exécuter. Chaque partie appelle du jugement.

Le tribunal civil du département déclare les héritiers Winter non recevables dans leur appel, sur l'unique motif qu'ayant acquiescé volontairement au jugement du tribunal de commerce, et l'ayant fait mettre à exécution, ce jugement avait acquis envers eux l'autorité de la chose jugée. Mais l'acquiescement des héritiers Winter portant sur des chefs du jugement totalement distincts et séparés de celui dont ils demandaient la réformation, il n'y avait pas lieu de leur opposer cet acquiescement, ni d'appliquer les lois qui donnent l'autorité de la chose jugée aux jugements acquiescés.

En conséquence, l'arrêt de la cour d'appel a été annulé pour fausse application de l'article 5 du tit. XXVII de l'ord. de 1667, qui attribue l'autorité de la chose jugée, soit à l'acquiescement formel, *soit au défaut d'appel interjeté dans le temps prescrit par la loi,* soit à l'appel déclaré péri (1) :

« Attendu qu'il est de maxime que, lorsqu'un » jugement a statué sur plusieurs chefs de demande, indépendants les uns des autres, la » disposition qui frappe sur chacun des chefs » du procès est regardée comme un jugement » séparé, duquel il est permis à chaque partie » d'appeler, sans se priver du droit d'acquiescer aux autres dispositions, et même d'en » poursuivre l'exécution provisoire, lorsque la » matière en est susceptible ; que cette règle a » toujours été regardée comme constante, et » que l'ordonnance de 1539 ne s'est pas bornée à laisser à l'appelant d'un jugement qui » contient plusieurs chefs, la faculté de limiter » son appel à ceux qui lui portent un grief, » et d'exécuter les autres dispositions ; mais » qu'elle lui en avait fait une obligation expresse par son article 114, et l'avait soumis à déclarer le chef sur lequel portait son » appel, et à souffrir l'exécution du surplus du » jugement. »

C'est d'après le même principe de la divisibilité des jugements, qu'on peut interjeter appel d'autres dispositions que celles qui étaient l'objet du premier appel principal, pourvu qu'on soit dans les délais ou qu'on n'ait pas acquiescé; et qu'on peut également faire successivement deux pourvois en cassation contre le même jugement, considéré sous le rapport de deux chefs différents et distincts. (*Voy.* arrêt du 22 brum. an XIII; Sirey, an XIII, p. 289.)

C'est d'après le même principe de divisibilité des demandes, qu'on reconnaît s'il y a lieu à l'autorité de la chose jugée, savoir : *eædem personæ, eadem res, eadem causa petendi.* (Art. 1351, C. civ.)

C'est enfin d'après les règles de la chose jugée qu'il est facile de reconnaître les chefs de demande distincts et les différents jugements séparés (2).

Le principe de la divisibilité nous paraissant démontré, et chaque disposition d'un jugement portée sur des chefs absolument distincts, formant par conséquent autant de jugements particuliers et également distincts, il est de toute évidence qu'il ne peut résulter de ce que le juge a prononcé sur ces chefs, par un seul et même acte public, que l'on appelle *un seul et même jugement,* qu'il rende indivisible ce qui, par sa nature et essentiellement, est divisible. Il en est ici comme d'un seul contrat dans lequel les mêmes parties peuvent traiter et transiger sur plusieurs affaires indépendantes les unes des autres.

Il est donc vrai de dire qu'au fond, et sauf la forme de prononcer *immédiate,* les parties ont autant de jugements proprement dits que de chefs distincts jugés, et qu'elles se trouvent dans la même position que si des jugements avaient été rendus et expédiés séparément.

Or, comme le juge n'a ni l'intention ni le pouvoir, en statuant immédiatement sur chaque chef distinct des demandes et conclusions, en principal, suites ou accessoires, et en autorisant, par là, une seule expédition de ses prononcés, de rendre indivisible ce qui était divisible et jugé dans cet état de divisibilité, ni d'affranchir aucune des parties de l'accomplissement des règles générales sur l'exécution et l'autorité de ses décisions, ni d'étendre les cas d'exception, il faut bien que chaque partie agisse, pour ce qui regarde chaque jugement proprement dit, conformément à la règle générale, et n'invoque l'exception portée dans le

(1) Il y a également déchéance d'appel acquise après les délais, et présomption légale d'acquiescement, aux termes de l'art. 444, C. proc.

(2) On opposerait vainement, soit un arrêt de la cour de cass., du 20 déc. 1815 (Dalloz, t. 2, p. 155; Sirey, t. 16, p. 242), qui décide (et dans l'espèce d'un seul jugement) « qu'aux termes de l'art. 443, § 3, la faculté » d'appeler incidemment, en tout état de cause, d'un » jugement de première instance, ne peut être convertie que par un acquiescement formel donné à ce » jugement par l'intimé, *postérieurement à l'appel* » émis par la partie condamnée » (Sirey, t. 16, p. 242), et pour l'acquiescement postérieur, un arrêt du 31 oct. 1809 (Dalloz, t. 2, p. 150, et t. 10, p. 187; Sirey, t. 10, p. 61, et t. 9, p. 452), soit un autre arrêt du 26 oct. 1808 (Dalloz, t. 2, p. 157, et Sirey, t. 9, p. 98). On peut voir, pour la réfutation des inductions que l'on chercherait à tirer de ces arrêts, la consultation de Sirey, t. 20, p. 328, et surtout p. 330.

même art. 443, C. proc., que relativement à chacun des jugements.

Je signifie à personne ou domicile le jugement qui en contient plusieurs.

Par là, je signifie réellement plusieurs jugements;

Par là, je mets ma partie adverse régulièrement en demeure d'exécuter ceux des jugements qui ont adjugé tout ou partie de mes demandes en principal et accessoires.

Ce sera, en quelque sorte, un jugement bien plus distinct des autres, que j'aurai signifié à ma partie adverse, si ce jugement rejette une de ses demandes principales, indépendante des miennes.

Alors, la règle de conduite de chacune des parties n'est pas douteuse :

Celle qui a succombé plus ou moins complétement dans sa demande principale, distincte et particulière, doit interjeter appel *principal* dans les trois mois de la signification à personne ou domicile de ce jugement, à peine de déchéance. (Art. 443 et 444, C. proc.)

L'autre partie peut, le cas ou l'intérêt échéant, prendre de là occasion d'interjeter un appel *incident*, en tout état de cause, mais toujours nécessairement, pour les dispositions qui se rattachent à ce jugement.

Quant aux autres jugements également signifiés, et qui me font grief, c'est à moi d'interjeter aussi un appel principal dans les trois mois, à compter de la signification, à peine de déchéance; et comme je puis former cet appel principal avant aucune signification emportant mise en demeure d'exécuter ou d'acquiescer, l'intimé (mon adversaire) pourra à son tour interjeter, plus tôt ou en tout état de cause, incidemment appel du jugement, s'il y a lieu.

Quant à l'objection tirée de ce que l'une des parties pourrait, en interjetant son appel dans les derniers jours du délai, priver son adversaire de la faculté d'appeler incidemment, nous croyons qu'elle ne renferme qu'une argumentation frivole.

En effet, je signifie le jugement. Par là, mon adversaire est mis en demeure de l'exécuter ou d'interjeter appel principal dans les délais.

Mais, par là, je ne me forclos pas du droit d'interjeter appel principal de l'autre jugement, qui me fait grief.

Je puis donc interjeter mon appel principal, après le délai expiré de l'appel principal du jugement qui me donne gain de cause.

De ce que je fais mes diligences contre ma partie adverse, en ce qui la concerne, il n'en résulte pas que ma partie adverse soit dispensée d'en agir de même contre moi, aux mêmes fins de faire courir le délai de l'appel, quant au jugement qui rejette mes chefs de demande distincts.

Il serait ridicule d'admettre que celui qui veille pour sa propre conservation fût tenu de veiller encore pour la conservation de son adversaire.

Il n'y a donc pas de temps frauduleusement calculé à m'imputer : ma partie adverse n'a à imputer qu'à elle-même sa négligence volontaire.

Sans doute la loi admet, par exception à la règle générale, l'appel *incident* en tout état de cause.

Mais quelque générale que soit cette disposition, on n'y voit rien qui détruise le principe et les effets de la divisibilité des jugements; car la loi, dans l'art. 443, suppose *un seul jugement*, dont l'appel principal ouvre la voie de l'appel *incident*, qui, bien évidemment, ne peut se rattacher qu'à l'appel principal, dont le jugement attaqué est l'objet. Il n'y a pas de matière incidente relativement à un autre jugement ni à un autre appel principal, qui n'existe pas.

Autrement, la règle générale, posée dans la première disposition de l'article 443, deviendrait illusoire; et ce serait l'exception ainsi entendue par la troisième disposition du même article, qui donnerait cet étrange résultat.

Par tous ces motifs, que nous avons en partie puisés dans le mémoire de Neufvillette, et auxquels il est indispensable de joindre ceux que Sirey développe dans la consultation insérée au tome 20 de son recueil, 2e part., p. 328, nous persistons dans l'opinion que nous avons émise en nos précédents ouvrages, et nous tenons pour certain que toutes les fois qu'un jugement contient divers chefs distincts et non connexes (1), et qu'il n'y a appel principal que relativement à l'un de ces chefs; que toutes les fois même que dans la même hypothèse, il y a eu appel principal, sans interjeter purement et simplement appel d'un jugement qui, sur plusieurs chefs, aurait donné gain de cause à l'appelant, il faut en conclure, pour le premier cas, que l'appel incident, à l'égard des chefs non attaqués, est non recevable; pour le second, qu'il l'est également, puisque l'appel principal n'a pu porter sur des chefs jugés en faveur de l'appelant; qu'enfin, dans ces deux circonstances, l'intimé doit s'imputer de n'avoir pas, dans les trois mois de la signification du jugement par exploit à personne ou domicile, formé lui-même appel principal de ce jugement (2).

(1) Nous disons *non connexes*, parce que l'appel relevé par l'intimé d'un chef non attaqué par l'appelant, mais connexe à un autre chef, ne doit pas être regardé comme principal. Le principe de *la divisibilité* ne s'entend, en effet, que dans ce sens, que tous les chefs sont absolument *distincts* et *séparés*. C'est ce que la cour de Rennes a jugé, par arrêt du 19 juin 1811, qui, comme on voit, consacre derechef ce principe.

(2) Au surplus, on peut voir combien le passage de l'*Exposé des motifs*, inclus dans le commentaire de

[Cette question, objet de vives controverses, n'a pu, malgré les efforts de ceux qui l'ont traitée, être résolue par le texte de l'art. 443, qui semble offrir des arguments aux partisans de l'une et de l'autre opinion, ou qui plutôt ne peut être invoqué par aucun d'eux.

Si, d'un côté, les adversaires de Carré font remarquer que l'article ne distingue pas et semble comprendre dans sa généralité autant les chefs séparés que les chefs connexes du jugement, pour donner à l'intimé la faculté d'en appeler incidemment à l'appel principal de l'un de ces chefs; de l'autre ceux qui partagent sa doctrine soutiennent que, si la distinction n'est pas apparente, elle est implicite, et que, précisément parce que l'article ne parle point des chefs séparés, il est censé, par là même, ne vouloir s'occuper que du chef frappé d'appel ou de ceux qui lui sont connexes.

Le texte ne suffit donc point et c'est l'esprit seul de la loi qu'il faut consulter (1). Or, il résulte de cet esprit que la loi a voulu rendre les armes à celle des parties qui les avait volontairement abandonnées, lorsque sa partie adverse la provoque de nouveau au combat. L'espèce de transaction dont le silence de la première avait été le prix étant rompue par la seconde, celle-ci a dû rentrer dans tous ses droits.

Si tel est le principe, n'est-il pas évident qu'il doit s'appliquer au cas où les appels respectifs portent sur divers chefs, comme au cas où ils sont dirigés sur le même (2)?

Au surplus, cette question a pu présenter quelque difficulté jusqu'en 1820; mais depuis cette époque, les cours royales et la cour de cassation l'ont tranchée de la manière la plus formelle.

Les arrêts de la cour d'Amiens des 29 mars et 10 mai 1822 (Sirey, t. 23, p. 323); de Lyon, 15 mai 1822 (Merlin, *Quest. de Droit,* t. 7, p. 472); d'Agen, 10 juin 1824 (Dalloz, t. 10, p. 97; Sirey, t. 24, p. 357); de Poitiers, 19 août 1831 (*inédit*); ceux de la cour de cass., des 13 janv. 1824 (Dalloz, t. 2, p. 164; Sirey, t. 24, p. 166), 16 juin et 18 juill. 1824 (Dalloz, t. 2, p. 165), 22 mars 1826 (Sirey, t. 26, p. 369); de Brux., 23 fév. 1827 (J. de B., t. 2 de 1827, p. 43), forment une jurisprudence imposante qui a, depuis longtemps, fixé l'état de la question dans un sens opposé à celui que développe Carré.

Poncet, t. 1, p. 524, nos 321 et suiv., Merlin, *Quest. de Droit*, Favard, t. 1, p. 182, n° 4, Berriat, *h. t.*, note 57, n° 1, Thomine, n° 496, Boitard, t. 3, sur l'art. 443, et Talandier, n° 407, la soutiennent aussi de leur unanime assentiment.]

1575. ***L'intimé ne peut-il interjeter appel incidemment, qu'autant qu'il se trouve dans le délai de trois mois, à partir de la signification que l'appelant lui aurait faite?*** [Quid ***des autres appels incidents dont il est parlé dans nos observations sur la*** Quest. 1573?]

Les auteurs du *Praticien,* t. 3, p. 31, résolvent affirmativement la première branche de la question. Mais il suffit de lire l'Exposé des motifs du titre de l'appel, pour se convaincre que le législateur a eu l'intention de donner à l'intimé le droit d'appeler *en tout état de cause,* même après le délai de trois mois, à partir de la signification qui lui aurait été faite.

Ici encore nous sommes dispensé de rapporter tous les arrêts qui ont décidé de la sorte, et dont plusieurs sont cités sur les questions précédentes; nous nous bornerons à rappeler celui du 26 oct. 1808, déjà cité sur la précédente question, et qui adoptait une jurisprudence formée avant la publication du Code de procédure (voy. *Rép.*, au mot *Appel, t.* 1, p. 247), et que l'art. 443 a évidemment consacrée. Telle est aussi l'opinion de tous les auteurs. (*Voy.* entre autres Pigeau, t. 2, p. 68, n° 542, édit. de la Soc. Typ.)

[Il faut même dire que le 3e § de l'art. 443 n'a pas d'autre but que de relever l'intimé de la déchéance encourue par l'expiration des trois, mois et de lui rouvrir la lice en lui permettant d'y rentrer tout le temps que durera l'instruction.

Aussi, semblable question n'a jamais souffert de difficulté devant les tribunaux. Tous les arrêts déjà cités sur les questions précédentes ont reconnu, comme un principe, l'affranchissement du délai pour l'intimé qui veut

l'art. 443, peut prêter d'appui à la doctrine que nous soutenons. Mais nous devons dire qu'un arrêt du 13 janv. 1824 (Sirey, t. 24, p. 166), sans rejeter le principe de la divisibilité sur lequel nous fondons notre opinion, a décidé *contrairement* que l'art. 443, C. proc., autorisait, *sans distinction,* l'appel incident en tout état de cause; que cet appel était recevable même contre les chefs du jugement autres que ceux sur lesquels il y a appel principal, encore bien que les chefs soient distincts et séparés du reste. Cette décision est uniquement fondée sur la maxime d'après laquelle *il n'est pas permis de distinguer quand la loi ne distingue point :* ainsi, dans tout autre cas où nous argumentons du principe de la *divisibilité* des jugements, ce même arrêt ne pourrait être opposé.

(1) [On sent que nous ne posons la difficulté que sous le rapport de l'expiration du délai de trois mois. En ce qui concerne la forme de l'appel, puisque nous admettons celle du simple acte, même pour les jugements autres que celui dont est appel principal (*Question* 1573), à plus forte raison l'admettons-nous dans le cas de la question actuelle.]

(2) *Contrà*, La Haye, 13 juill. 1825 (J. de B., 1827, 3e, p. 98).

appeler incidemment; ceux de la cour de Turin des 9 fév. et 19 mars 1808 (Dalloz, t. 2. p. 167), et de la cour de Poitiers, 19 août 1831 (*inédit*), l'ont expressément jugé. Enfin les auteurs, principalement Poncet. n° 324, Berriat, *h. t.*, note 87, Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 16, Thomine, n° 496, Boitard, t. 3, sur l'art. 443, bien loin d'élever aucun doute, expriment cette vérité transitoirement comme un axiome à l'abri de toute controverse. Mais il faut avoir le soin de renfermer cette solution dans ses véritables limites.

C'est ici, c'est en matière de délai que le texte de l'art. 443 doit nous servir de règle : nous avons bien pu (*Quest.* 1573) décider que l'appel incident par acte d'avoué ou par conclusions verbales est permis, non-seulement à l'intimé contre l'appelant principal, mais encore à celui-ci contre l'intimé, à l'intimé contre un autre, non-seulement contre le même jugement qui est l'objet de l'appel principal, mais encore contre d'autres jugements; et cela sans nous préoccuper du silence que l'art. 443 garde sur ces derniers cas; car ce n'était pas à cet article que nous empruntions la base de notre solution, sa disposition n'étant pas destinée à introduire l'appel incident, mais uniquement à le soustraire dans certains cas à l'observation du délai.

Lorsque nous demandions : *Qui peut former appel incident? Contre quelles sentences? Dans quelles formes?* C'étaient les art. 337 et 470 qui nous fournissaient les réponses.

Mais quand la question est ainsi posée : *Dans quel délai cet appel incident doit-il être relevé?* Nous n'avons plus à consulter que l'art. 443.

Or, cet article limite, d'une manière générale, au délai de trois mois à compter des circonstances qu'il indique, la faculté de tout appel. Il admet une seule exception dans un cas soigneusement déterminé, savoir : en faveur de l'intimé contre l'appelant principal et à l'égard du même jugement (1).

Ainsi, dans tous les autres cas, l'appel incident, que nous déclarons admissible (*Question* 1573), ne le sera néanmoins que pendant les trois mois qui sont donnés pour l'appel principal, et sera soumis aux mêmes fins de non-recevoir, acquiescement ou autres, que l'appel ordinaire.

C'est aussi l'avis de Poncet, n° 325, de Pigeau, *Pr. civ.*, liv. II, part. 4, tit. 1er, chap. 1er, sect. 3, n° 3 3°, et de Merlin, *Quest.*, v° *Appel incident*, § X.]

1576. *L'intimé conserve-t-il la faculté d'appeler incidemment, lorsqu'il a commencé à exécuter le jugement qui est l'objet de l'appel principal?* [*En général, quand peut-on opposer l'acquiescement comme fin de non-recevoir à l'appel incident de l'intimé?*]

Aussi longtemps que la partie condamnée n'a pas manifesté l'intention d'appeler du jugement qui lui est signifié, celui à requête duquel cette signification a été faite a dû croire qu'elle acquiescerait au jugement, et il a été fondé à en poursuivre l'exécution. Mais dès que son adversaire interjette appel, qu'il remet ainsi en question tout ce qui a été jugé, qu'il change la position et l'intérêt de son adversaire, la justice exige que celui-ci ait le droit d'appeler de quelques chefs qui lui seraient préjudiciables, et auxquels il n'aurait acquiescé que dans la confiance que l'autre partie eût elle-même acquiescé aux condamnations prononcées contre elle. On peut donc interjeter incidemment appel, nonobstant un commencement d'exécution du jugement, c'est ce qui nous paraît résulter clairement de l'exposé des motifs du titre de l'appel, et telle est aussi l'opinion que soutient Lepage, *Questions*, p. 303 et 304.

[Cette question et la suivante peuvent se réduire à celle-ci plus générale : *Quand peut-on opposer l'acquiescement comme fin de non-recevoir à l'appel incident de l'intimé?*

Il est certain d'abord que l'appel incident n'est pas plus que l'appel principal à l'abri d'une semblable fin de non-recevoir. L'article 443, en le permettant en tout état de cause à l'intimé, n'a pas entendu le relever des déchéances qu'il aurait pu encourir par toute espèce d'acquiescement. Car, encore une fois, cet article ne règle pas les conditions intrinsèques de la faculté d'appel, mais seulement le délai pendant lequel cette faculté peut être exercée.

C'est donc la nature même de l'appel incident, son but et son motif qu'il faut consulter pour lui faire une juste application des règles de l'acquiescement.

Il est néanmoins un genre d'acquiescement que notre art. 443 déclare sans effet quant à l'appel incident de l'intimé, c'est celui qui résulterait (*voy.* la *Quest.* 1564) de la signification qu'il aurait faite du jugement sans protestation ni réserves : ainsi nulle difficulté sur ce premier point que la cour de cassation a néanmoins eu l'occasion de décider trois fois *in terminis*, les 23 fruct. an XII (Dalloz, t. 2, p. 149; Sirey, t. 7, p. 764), 12 fév. 1806

---

(1) [A l'*égard du même jugement* : à l'égard d'un autre jugement, le motif de la paix rompue ne serait pas applicable : il n'a de portée que lorsqu'il s'agit d'une seule et même contestation. (*V.* aussi notre précision de la *Quest.* 1577 *bis*.]

(Dalloz, t. 2, p. 168; Sirey, t. 6. p. 917), et 10 mai 1820 (Sirey, t. 20, p. 438), et la cour de Rennes, le 8 mars 1814 (Dalloz, t. 21, p. 466; Sirey, t. 14, p. 278).

Quant aux autres sortes d'acquiescement, voici les règles que la raison suggère.

S'il est antérieur à l'appel principal, nul acquiescement, soit exprès, soit tacite, soit résultant de la signification ou même de l'exécution du jugement (Brux., 12 mars 1842; J. de B., 1842, p. 110), ne fait obstacle à l'appel incident; car il est toujours censé conditionnel et valable seulement pour le cas où l'adversaire n'appellera point. Mais si celui-ci n'accepte pas les propositions de paix qui lui sont faites, tout est dès lors remis en question et l'intimé autorisé à retirer ses pacifiques avances.

Tel est l'avis de Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 16, de Merlin, *Quest.*, v° *Appel incident*, § 1er, de Thomine, n° 497, et de Talandier, n° 409, consacré par les arrêts de la cour de cass., 21 août 1811 (Dalloz, t. 2, p. 153; Sirey, t. 21, p. 263), et des cours d'Orléans, 6 fév. 1813 (1), de Metz, 26 mars 1821 (Sirey, t. 23, p. 126), Amiens, 11 déc. 1821 (Dalloz, t. 1, p. 402; Sirey, t. 22, p. 303); Bordeaux, 15 fév. 1828, et 19 juill. 1831; cass., 9 avril 1835. On s'étonne, dit avec raison Talandier, que la cour de Turin ait méconnu cette vérité dans son arrêt du 19 mai 1813 (Dalloz, t. 28, p. 198).

Si, au contraire, l'acquiescement de l'intimé est postérieur à l'appel principal, il ne peut plus être regardé comme conditionnel, il est bien plutôt une renonciation au droit, déjà ouvert à cette époque, de relever appel incident. C'est la conséquence inévitable de la précédente solution; aussi est-elle enseignée par les mêmes auteurs et confirmée par la jurisprudence imposante que nous allons bientôt analyser.

Il est un genre d'acquiescement qui, ne pouvant avoir lieu qu'après l'appel principal, rentre, à ce titre, dans la seconde partie de notre division et devient par conséquent un obstacle à l'appel incident; ce sont les conclusions de l'intimé tendant à la confirmation pure et simple du jugement. C'est à ce cas particulier qu'ont trait tous les arrêts rendus sur la matière; mais ils font certaines précisions qu'il est bon d'examiner.

L'arrêt de la cour de Toulouse du 23 nov. 1824 (Dalloz, t. 10, p. 97; Sirey, t. 25, p. 413) est le seul, en France, qui ait jugé, d'une manière générale, qu'après avoir conclu purement et simplement, lors de la position des qualités, à la confirmation du jugement, l'intimé pouvait encore, par la suite, en interjeter appel incident (2). Mais le principe contraire a été reconnu et consacré par les arrêts suivants : cass., 11 fruct. an IX, 6 frim. an XIII, 31 oct. 1809; Brux., 3 fév. 1813; Rennes, 3 août 1819; Brux., 22 juin 1820 (J. de B., t. 2 de 1820, p. 200), 10 oct. 1823 (*ib.*, t. 2 de 1823, p. 302), 15 mai 1822, 3 fév. 1825 (rapportés par Merlin, *Quest.*, t. 2, p. 104); Amiens, 30 juin 1824; Poitiers, 27 juill. 1824; Agen, 5 août 1824; Aix, 13 janv. 1826; Bordeaux, 28 juill. 1827 (Sirey, t. 27, p. 176); Bourges, 7 mai 1831. A cette imposante jurisprudence se joint l'enseignement de la doctrine. (*Voy.* Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 16, Merlin, *Quest.*, v° *Appel incident*, § 1er, Favard, t. 1, p. 174, n° 13, Thomine, n° 497, Boitard, t. 3, sur l'art. 443, et Talandier, n° 409.)

Cependant il a été jugé que, tout en concluant à la confirmation pure et simple du jugement, l'intimé pouvait se mettre à l'abri de la fin de non-recevoir, s'il accompagnait ses conclusions de réserves suffisantes pour constater qu'il n'acquiesce au jugement qu'à condition que l'adversaire renoncera lui-même à son appel, mais que, dans le cas contraire, il se propose de l'attaquer à son tour. (Metz, 24 août 1813; cass., 26 déc. 1815, 26 août 1823, Dalloz, t. 18, p. 242, Sirey, t. 25, p. 51, 30 déc. 1824, Sirey, t. 25, p. 116, 15 juillet 1828, Sirey, t. 28, p. 165, 15 déc. 1830, Sirey, t. 32, p. 515, 17 avril 1833, Sirey, t. 33, p. 468.)

Mais tandis que la plupart de ces arrêts se contentent de réserves générales, celui de la cour d'Angers, du 25 fév. 1829, déclare de telles réserves insuffisantes et veut qu'elles comprennent spécialement celle d'interjeter incidemment appel. Sa décision nous paraît trop sévère; car, dans les circonstances dont il s'agit, des réserves ne peuvent guère avoir d'autre objet. La cour de Grenoble, plus facile, trouve que des réserves originairement faites dans la signification du jugement sont suffisantes pour conserver le droit d'appeler incidemment, alors même que, depuis l'appel principal, on aurait conclu à la confirmation (29 mai 1821).

Lorsque les conclusions à la confirmation du jugement n'ont été prises que pour obtenir un arrêt de défaut, nous pensons qu'elles ne peuvent pas, lors même qu'elles ne sont pas accompagnées de réserves, constituer une renonciation à l'appel incident pour le cas où l'appelant principal reviendrait par opposition; car d'un côté, tant que celui-ci ne se présente pas pour soutenir son appel, on peut croire que, par un retour à des idées de transaction, il accepte enfin celle que l'intimé lui avait proposée, et, dès lors, l'acquiescement reprend son caractère conditionnel; d'un autre côté,

(1) [* *V.*, dans ce sens, Brux., 20 nov. 1817 (*Pasicrisie belge*, à cette date).]

(2) [*V.*, dans le même sens, Liége, 7 juillet 1824 et 13 août 1835 (J. de B., t. 2 de 1836, p. 48).]

n'avons-nous pas vu (*Quest.* 1573) que, dans le cas de défaut de l'appelant, l'intimé ne peut sur l'audience relever appel incident? Cette position particulière est une suffisante excuse de n'avoir pas relevé appel incident par exploit séparé. Enfin l'intimé peut demander son renvoi par défaut-congé sans faire statuer sur le fond; autre considération qui doit faire regarder la sentence qui intervient comme laissant toutes choses entières.

D'ailleurs, en admettant même que, par ses conclusions prises en défaut, l'intimé eût renoncé à son appel incident, l'opposition de l'adversaire ne lui en rendra-t-elle pas la faculté, de même qu'il serait relevé d'un acquiescement antérieur par le seul fait de l'appel principal? L'opposition fait tomber l'arrêt de défaut qui n'est plus qu'un acte d'instruction; et si, voyant que vous ne souteniez pas votre appel, j'ai renoncé à devenir appelant moi-même, je ne me suis pas néanmoins interdit d'interjeter appel incident quand vous poursuivriez votre appel principal; de même que, pour avoir laissé d'abord expirer mes trois mois, pensant que vous feriez de même, je ne me suis pas privé de mon droit d'appel, si vous venez à tromper mon attente. (Rennes, 26 juin 1810, Bourges, 30 janv. 1827, Sirey, t. 27, p. 147, et Toulouse les 29 fév. et 7 avril 1832.) A plus forte raison le déciderait-on de la sorte si l'intimé n'avait obtenu et signifié son arrêt de défaut que sous toutes reserves. (Cass., 15 juill. 1828; Sirey, t. 28, p. 165; Bourges, 15 fév. 1830.) Talandier, n° 409, n'admet que la doctrine de ces deux derniers arrêts; il repousse celle des arrêts précédents, et soutient que l'obtention pure et simple d'un arrêt de défaut confirmatif du jugement est un acquiescement formel et irrévocable; il peut invoquer l'autorité des cours de Bourges, 8 mars et 16 juin 1813, et de Bordeaux, 19 mars 1833 (Sirey, t. 33, p. 414).

Au reste, nous n'irons pas jusqu'à dire que l'intimé, sur l'opposition à l'arrêt de défaut relevée par son adversaire, pourrait encore, sans s'interdire l'appel incident, conclure purement et simplement au débouté de l'opposition; il est clair qu'alors il se replace dans la position de celui qui conclut contradictoirement à la confirmation, et que, par conséquent, il acquiesce. Telle est la décision des cours de cass., 23 janv. 1810, et d'Agen, 16 fév. 1813 (Dalloz, t. 2, p. 152). Inutile de faire observer que l'intimé n'est pas déchu de son droit d'appel incident, par cela que, sur l'appel principal d'un jugement ordonnant une preuve par témoins, il demande une audience prochaine pour plaider sur l'appel. (Cass., 21 août 1811; Dalloz, t. 2, p. 153; Sirey, t. 21, p. 263.) Ce n'est certainement pas conclure à la confirmation.

Un premier appel incident sur un des chefs du jugement ne peut non plus être considéré comme un acquiescement aux autres chefs. (Brux., 5 nov. 1823; Rec. de Spruyt, 1824, t. 1, p. 258.)

1577. ***Mais si l'intimé conclut, sans réserves, à la confirmation du jugement dont est appel, peut-il ensuite en interjeter appel incident?***

Par son appel, la partie adverse de l'intimé constitue ce dernier en demeure d'appeler incidemment : des conclusions qui, de la part de celui-ci, tendent purement et simplement à la confirmation du jugement, établissent donc un acquiescement formel et absolu, qui le rend non recevable à appeler incidemment. Ici l'on distingue l'acquiescement donné avant l'appel du condamné, comme dans l'espèce de la précédente question, de l'acquiescement donné depuis. Il y a plus : c'est que les conclusions qui, sur le défaut de l'appelant, auraient été prises par l'intimé à fin de confirmation du jugement, opéreraient cette fin de non-recevoir contre l'appel qu'il interjetterait sur l'opposition de l'appelant principal. Telle est la solution qui résulte de trois arrêts de la cour de cass. des 6 frim. an XIII, 31 oct. 1809 et 23 janv. 1810, et d'un arrêt de la cour de Brux., du 23 janv. 1816 (*Pasicrisie belge*, à cette date). — *Contrà*, Brux., 20 nov. 1817; *ib.*, Br., 2 fév. 1825 (Rec. de Spruyt, 1825, t. 1, p. 389); Merlin, *Quest.*, t. 2, p. 104.

Néanmoins, l'intimé ne se rendrait pas non recevable dans un appel *à minimâ*, en obtenant purement et simplement un arrêt par défaut contre l'appel principal. (Rennes, 26 juin 1810.)

Il n'y a point de contradiction entre cette décision et celle de l'arrêt de la cour de cass. du 23 janv. 1810, sur laquelle nous avons établi la proposition du numéro précédent, attendu qu'il existait entre cet arrêt et celui de Rennes, que nous rapportons ici, cette différence que, dans l'espèce du premier, l'appel *à minimâ* était interjeté sous le cours de l'opposition à l'arrêt par défaut.

[Voir nos observations sur la *Quest.* 1576.]

[1577 bis. ***L'appelant principal, devenu intimé par appel incident de son adversaire, peut-il à son tour relever incidemment l'appel des chefs qu'il avait d'abord respectés? Le peut-il en tout état de cause?***

Une dissertation, que nous avons recueillie dans les manuscrits de Carré, traite la question en ces termes :

« Pour la négative, on peut dire que l'article 443 a réservé seulement à l'intimé la faculté de relever incidemment appel, et ne l'a point réservée à l'appelant, que celui-ci ayant été libre de restreindre son appel ou de

» l'étendre à volonté, ne peut plus revenir sur » l'acquiescement formel qu'il a donné dans » son exploit d'appel aux chefs du jugement » qu'il n'a point attaqués. Mais on peut répon- » dre que, si l'art. 443 n'accorde qu'à l'intimé » la faculté de relever incidemment appel, » l'appelant devient lui-même intimé sous » l'appel incident de l'adversaire; que son ac- » quiescement a pu n'être donné que condi- » tionnellement, et dans l'espoir que la partie » adverse n'appellerait pas incidemment d'au- » tres chefs que de ceux qui ont été l'objet de » l'appel principal.

» Je suis condamné par plusieurs chefs d'un » même jugement qui, par plusieurs autres » chefs, condamne aussi ma partie adverse; je » relève seulement appel d'un des chefs qui » me condamnent et j'acquiesce aux autres, » dans l'espoir que cette concession de ma » part engagera mon adversaire à se borner à » soutenir le jugement, ou que, s'il use de la » faculté qui lui est accordée par l'art. 443, il » restreindra du moins son appel incident au » seul chef qui fait l'objet de l'appel principal. » Si, au contraire, il remet en question tous » les chefs qui le condamnent et qui me don- » nent gain de cause, il me relève par là de » mon acquiescement et se rend lui-même non » recevable à me l'opposer; car si, comme l'a » décidé la cour de cass. dans son arrêt du » 22 mars 1826, la disposition de l'art. 443 qui » autorise l'intimé à relever incidemment ap- » pel en tout état de cause a eu essentiellement » pour objet de rétablir l'équilibre entre les » droits et prétentions respectifs des parties, » cet équilibre n'existera plus et les chances » ne seront plus égales, mon adversaire ayant » la liberté de quereller toutes les dispositions » qui le condamnent et qui me donnent gain » de cause, tandis que, limité dans mon appel » principal, j'en serai réduit à faire valoir mes » griefs contre le seul dispositif qui en fait » l'objet et à soutenir le bien jugé des autres » dispositifs du jugement. Ma position sera » donc bien plus defavorable que celle de l'in- » timé qui pourra m'attaquer comme il l'en- » tendra, sans que je puisse désormais diriger » aucune nouvelle attaque contre lui. Vaine- » ment objectera-t-on que j'ai dû faire mes » reflexions et examiner attentivement quels » étaient les chefs qui me causaient grief avant » de me décider à limiter mon appel; qu'ayant » pris ce parti, je me suis moi-même prescrit » des bornes qu'il ne m'est plus permis de » franchir. Ce raisonnement serait juste, sans » doute, si la faculté accordée à mon adver- » saire de se porter incidemment appelant avait » été restreinte au seul chef attaqué par appel » principal; mais, dès que cette faculté est il- » limitée, dès qu'elle s'étend indifféremment » aux chefs séparés et distincts de celui dont » il y a appel principal, comme à ceux qui en » dépendent ou qui y sont connexes [(*voy.* nos » observations sur la *Quest.* 1574)], devenu à » mon tour intimé sous l'appel incident de » mon adversaire, je dois pouvoir jouir de la » même faculté que lui, c'est-à-dire pouvoir » étendre mon appel indistinctement à tous les » autres chefs qui me causent grief. »

Nous embrassons volontiers cette doctrine.

Si l'intimé originaire, comme on l'a vu sur la *Quest.* 1576 *in fine*, n'est pas censé, par un appel incident restreint à quelques chefs, acquiescer aux autres chefs du jugement, et conserve le droit de les rendre l'objet d'un nouvel appel incident, quoique non provoqué par de nouvelles attaques de la part de l'appelant principal, à plus forte raison celui-ci, qui est entré le premier en lice, et qui avait mis dans sa première attaque une modération dont l'intimé n'a pas cru devoir tenir compte, sera-t-il relevé de son acquiescement partiel, si tant est qu'il existe, par l'appel incident de son adversaire. Nous pensons donc que l'appel incident de l'appelant principal ne peut être repoussé par la fin de non-recevoir résultant de l'acquiescement.

Mais quelle forme doit-il observer? A quel délai est-il soumis?

Quant à la forme, les principes que nous avons exposés sur la *Quest.* 1575 ne permettent pas de douter qu'il ne puisse employer celle du simple acte d'avoué à avoué. Quant au délai, il sera régi par les mêmes principes qu'à l'égard de l'intimé principal (qu'on nous passe l'expression). L'appelant principal est devenu réellement intimé, et le motif de la paix rompue, qui le fait relever de l'acquiescement, doit le faire relever aussi de la déchéance du délai. Les deux positions sont identiques. (*Voy.* notre *Quest.* 1575.)]

1578. ***Une partie qui n'a pas été intimée sur l'appel d'un jugement dans lequel elle a figuré, peut-elle, si elle a intérêt à la confirmation de la disposition de ce jugement attaquée par l'appelant, intervenir et appeler elle-même* INCIDEMMENT, *et même après le délai de trois mois, d'une autre disposition du même jugement?***

L'arrêt de la cour de cass. du 26 oct. 1808 (Dalloz, t. 2, p. 157; Sirey, t. 9, p. 98), déjà cité sur la question 1572, a prononcé affirmativement sur celle-ci, attendu que celui qui avait été partie au jugement appelé devait être intimé sur cet appel; qu'il se trouvait ainsi placé dans l'exception portée à la dernière disposition de l'art. 443; que son appel était un appel incident qui n'était pas susceptible de l'application des autres dispositions du même article, et de celles des art. 444 et 456.

[Nous approuvons cette décision, avec Merlin, *Quest.*, t. 7, p. 575, v° *Appel incident*, § 8. (*V.* la *Quest.* 1573, *in fine*, et *Quest.* 1574.)]

1579. ***Lorsqu'une partie interjette appel d'un jugement, et que la partie adverse reconnaît que ce jugement peut être réformé sur certains points dans l'intérêt de l'appelant, doit-elle en interjeter appel incidemment?***

Il est plus naturel qu'elle déclare, par acte signifié à sa partie adverse, qu'elle se désiste du bénéfice du jugement, relativement aux dispositions sur lesquelles elle a lieu de craindre qu'il soit réformé. Si l'appelant est satisfait de ce désistement, il en fait décerner acte par la cour; si, au contraire, il continue ses poursuites, et que la cour juge que cet abandon de l'intimé était suffisant, il sera condamné aux frais qui auront été faits postérieurement, parce qu'il en est ici comme d'offres réelles qui, n'ayant pas été acceptées, seraient néanmoins jugées suffisantes pour désintéresser celui auquel elles auraient été faites. (*Voy.* Demiau, p. 321 et 322.)

[Cette solution est évidente.]

1580. *Si l'appel principal était jugé non recevable ou mal fondé, n'en serait-il pas moins fait droit sur l'appel incident?* [Quid, *en cas de désistement de l'appel principal?*]

Nous pensons que, dans le premier cas, il n'y aurait pas lieu à statuer sur l'appel incident, parce que l'appel principal, étant déclaré non recevable, par exemple pour n'avoir pas été interjeté dans le délai, serait considéré comme non avenu. Or, l'appel incident, ne procédant qu'autant qu'il y a appel principal, nous paraît devoir, par conséquent, être lui-même envisagé comme non avenu; en un mot, comme le dit Hautefeuille, p. 262, la fin de non-recevoir contre l'appel principal entraîne l'anéantissement de l'appel incident.

Mais, dit le même auteur, il pourrait arriver que l'appel principal fût jugé *mal fondé*, c'est-à-dire qu'il fût déclaré, au regard de l'appelant, qu'il a été *bien jugé, mal et sans griefs appelé:* cela n'empêcherait pas que l'on ne fît droit en l'appel incident, qui se trouverait fondé. Nous admettons aussi cette distinction, attendu que, dans ce second cas, l'appel principal n'a pas cessé d'exister, puisqu'au contraire il a été statué sur les griefs proposés par la partie qui l'avait interjeté (1).

[Talandier, n° 408, décide aussi et par les mêmes raisons, que, si l'appel principal est nul ou non recevable, l'appel incident ne peut plus subsister. Les cours de Rennes et de Bourges ont consacré cette doctrine, la première, le 25 janv. 1826, la seconde, le 16 août 1828.

Cependant nous ne la croyons pas exacte: puisque le fait seul de l'appel principal rend à l'intimé le droit qu'il avait perdu d'attaquer les chefs du jugement qui lui font grief, rien ne peut plus le priver de ce droit, une fois qu'il s'est mis en devoir de l'exercer.

C'était par amour de la paix et dans l'espoir que son adversaire ne la troublerait point, qu'il s'était résigné à garder lui-même le silence. Mais cette paix est rompue par le fait de l'appelant principal: l'intimé rentre dès lors dans tous ses droits, non-seulement pour se défendre, mais encore pour attaquer à son tour. Qu'importe que l'appel principal soit nul dans la forme ou irrecevable? Il n'en est pas moins une déclaration de guerre. Qu'importe que l'intimé le fasse anéantir par l'un de ces moyens! Il use de la voie de défense qui lui paraît plus simple et plus facile; cela change-t-il rien à son droit d'attaquer?

Mais il faut, dira-t-on, et c'est la raison donnée par Carré, à la note, pour soutenir un appel incident, un appel principal qui en soit la base; si l'intimé fait anéantir l'appel principal, il reconnaît par là que la base de son appel incident n'existe plus, il ne peut être admis à invoquer un appui que lui-même il vient de détruire.

Nous répondrons: que l'appel principal soit nul, irrecevable ou mal fondé, il n'en existe pas moins cependant, tant que la nullité, l'irrecevabilité ou le peu de fondement n'en ont pas été prononcés. Or, c'est toujours avant que la décision soit intervenue sur ces divers points que l'intimé relève son appel incident. Celui-ci a donc, à son origine, une base certaine et solide, une raison légale d'exister, de prendre

(1) Cependant nous avons dit, n° 1453, que le désistement de l'appel principal n'empêcherait pas de prononcer sur l'appel incident auquel il donnerait lieu, si l'intimé refusait d'accepter ce désistement, par le motif qu'il ne serait donné que pour faire tomber son appel, en annulant l'appel principal. Il n'y a aucune contradiction entre cette solution et ce que nous venons de dire, que l'appel principal, déclaré non recevable, fait tomber l'incident. La raison de cette différence, c'est que la faculté de former incidemment appel en tout état de cause n'est accordée à l'intimé que par suite de la présomption, qu'il n'eût pas appelé, si son adversaire n'avait pas appelé lui-même. Or, l'intimé, faisant déclarer non recevable l'appel de ce dernier, se replace volontairement dans l'état où il était avant cet appel, et, par conséquent, celui qu'il a incidemment formé doit être réputé non avenu comme celui-ci. Mais il doit en être autrement dans le cas du désistement, puisqu'il est l'effet de la volonté de l'appelant principal, duquel il ne peut dépendre de priver l'intimé du droit qu'il a acquis de faire prononcer sur son appel. En un mot, en opposant une fin de non-recevoir contre l'appel principal, l'intimé renonce à son appel incident; mais il ne peut être contraint à cette renonciation par un acte de sa partie adverse.

[*Voy.* nos observations au texte, et sur la *Question* 1453.]

naissance. Après cela, il doit continuer à exister par ses propres forces, quel que soit le sort de l'appel principal; autrement il faudrait dire que c'est à la réussite de ce dernier que tient l'existence de l'autre. Et cette conséquence n'est pas admissible, puisque personne ne conteste que, si l'appelant principal succombe au fond, il ne doive être statué sur l'appel incident (1).

Dans une cause de première instance, la demande reconventionnelle formée par le défendeur ne pourrait-elle recevoir jugement, parce que la demande originaire serait écartée par nullité ou fin de non-recevoir?

La cour de Grenoble a rendu, le 15 janv. 1815, dans une espèce à peu près identique à la nôtre, un arrêt dont nous pouvons invoquer la solution. Une partie avait fait signifier un jugement sous la réserve d'en appeler dans le cas où son adversaire en appellerait lui-même. Cette condition s'étant réalisée, la partie qui avait signifié le jugement usa de la faculté qu'elle s'était réservée, et appela à son tour. L'appel de l'autre ayant été déclaré nul, on prétendit que la condition s'évanouissait, et que dès lors le second appel était irrecevable. La cour ne s'arrêta point à ce moyen, et considéra qu'il suffisait, pour rendre l'appel recevable, que la condition eût existé au moment où il avait été relevé. (*V.* aussi notre *Question* 1273 *quater*.]

1581. ***L'appel d'un jugement autorise-t-il à réformer les dispositions de ce jugement qui ne seraient point attaquées?***

La négative est de règle générale, et cependant il paraît qu'elle a été l'objet d'un doute, puisqu'on a cru nécessaire de la confirmer par un avis du conseil d'État, du 25 oct. 1806, approuvé le 12 nov. suiv. Cependant elle avait reçu une application formelle par arrêts de la cour de cass. des 9 et 19 prair. an VIII (Sirey, t. 1, p. 245; Dalloz, t. 22, p. 45), portant que, sur l'appel de quelques dispositions d'un jugement, celles qui ne sont pas attaquées ne peuvent être réformées au profit de la partie qui n'a pas interjeté appel.

[Les deux arrêts cités par Carré furent rendus sur les conclusions de Merlin, dont les réquisitoires sont rapportés en ses *Quest.*, t. 1, p. 89, § 5. La cour de Douai a jugé dans le même sens le 7 mars 1835. Il est impossible de ne pas adopter cette décision.]

§ IV. ***De ceux qui peuvent ou doivent appeler ou être intimés.***

[1581 bis. ***Qui peut appeler?***

Il est clair que toute personne qui a été partie dans un jugement peut en appeler s'il lui fait grief.

Il suffit donc qu'une partie demanderesse, en intentant une action contre les syndics d'une faillite ait mis en cause la femme et les héritiers du failli, pour que cette femme et ces héritiers aient le droit d'interjeter appel, malgré l'acquiescement des syndics au jugement qui a accueilli la demande (cass., 26 déc. 1836); et que le donataire ait été reçu intervenant dans l'instance en interdiction dirigée contre son donateur, pour qu'il puisse appeler du jugement qui la prononce. (Bord., 2 avril 1833.) Le saisi peu d'ailleurs, aussi bien que le tiers saisi, interjeter appel du jugement qui statue tout à la fois et sur la demande en validité et sur la demande en déclaration affirmative. (Toulouse, 20 juin 1838.) Et, par la raison des contraires, celui qui n'a pas été partie ne peut appeler: il ne lui reste, si le jugement lui porte préjudice, que les voies de la tierce opposition ou de l'intervention. (Turin, 21 août 1807; Dijon, 21 janv. 1808; Lyon, 29 nov. 1829) (2).

Un tiers non fondé de procuration ne pourrait donc interjeter appel au nom de la partie condamnée, c'est là une conséquence de la maxime *nul ne plaide par procureur*, dont nous avons expliqué le sens et indiqué la saine application sur la *Quest.* 290. (Cass., 24 brum. an IX et 16 prair. an XII; Dalloz, t. 2, p. 61; Sirey, t. 4, p. 545; le 22 brum. an XII; Sirey, t. 4, p. 282; Dalloz, t. 2, p. 62.) La même cour avait, il est vrai, décidé que l'administrateur des biens d'un individu pouvait interjeter appel au nom de son commettant; mais il résulte des considérants de l'arrêt que le commettant fut expressément dénommé dans l'acte d'appel comme y étant seul intéressé; ce qui rentre parfaitement dans notre doctrine de la *Quest.* 290, confirmée, en matière d'appel, par un arrêt de la même cour, du 18 juin 1825 (Sirey, t. 24, p. 233; Dalloz, t. 2, p. 65), qui a émis des considérants desquels il résulte que l'appel qui aurait été interjeté par un fondé de pouvoir en son nom qualifié serait nul, quoique cependant il pût être ratifié valablement par la comparution de la partie sur cet appel avant l'expiration des délais. (Aix, 18 fév. 1808; Si-

(1) [On peut ajouter, d'ailleurs, que l'intimé a pris la forme de l'appel incident, parce qu'il existait un appel principal, et que, sans l'existence de cet appel principal, il eût eu le droit d'interjeter appel principal lui-même, dans les délais de l'art. 443.]

(2) [La cour de Grenoble a décidé, le 18 janv. 1833, que la femme qui a donné son consentement à la réduction de son hypothèque légale, n'est point partie au jugement qui l'homologue, et que, par conséquent, elle ne peut en appeler. Cette décision, susceptible de controverse, a été rendue contrairement aux conclusions de l'avocat général.]

rey, t. 8. p. 109; Dalloz, t. 14, p. 400, et Limoges, 30 déc. 1823.) Il faut donc que l'appel soit interjeté au nom de la partie elle-même, poursuite et diligence du procurateur. (Rennes, 23 avril 1811.) Inutile de faire observer que l'appel interjeté par une personne sans pouvoir ne saurait être utilement ratifié après l'expiration des délais. (Cass., 24 brum. an IX; Sirey, t. 1, p. 418.)

Au reste, l'appel étant une nouvelle instance, une procuration spéciale est nécessaire pour pouvoir l'interjeter; celle qui aurait été donnée pour représenter la partie en première instance ne suffirait pas (Rennes, 23 avril 1811); pas même le mandat légal confié à l'avoué pour représenter la partie devant les premiers juges, car il expire avec le jugement qui éteint la première instance. Il en serait autrement de celle qui donnerait pouvoir d'appeler de tous jugements. (Cass., 5 sept. 1806; Sirey, t. 7, p. 33; 12 sept. 1812; Sirey, t. 16, p. 456; Dalloz, t. 2, p. 188; 28 janv. 1813; Dalloz, t. 2, p. 192; Sirey, t. 16, p. 456.)

. Quoique, pour avoir le droit d'interjeter appel, il soit nécessaire d'avoir été partie au jugement, il n'est pas néanmoins indispensable d'y avoir figuré en personne; celui qui y a été représenté soit par ses auteurs, soit par ses ayants cause, soit par la personne dont il est légalement chargé d'administrer les biens, soit par la personne qui est légalement chargée d'administrer les siens, jouit de la même prérogative.

Tels sont l'héritier, lorsque le jugement a été rendu contre la personne à laquelle il succède;

L'acquéreur à l'égard des jugements exécutoires contre lui, quoique rendus contre le vendeur. (Colmar, 28 mai 1806.) Il en est de même du cessionnaire par rapport au cédant.

Mais le vendeur, le cédant, à leur tour ne peuvent appeler du jugement rendu contre l'acquéreur, le cessionnaire, à moins, pour le cas du second, que l'acte de cession n'ait pas été notifié aux tiers intéressés. (Bord., 29 avril 1829; Sirey, t. 29, p. 350.)

Ainsi encore les créanciers peuvent appeler du jugement rendu contre leur débiteur (article 1166, C. civ.); voyez-en des applications dans les arrêts des cours de Besançon, 3 août 1808, de Poitiers, 6 juill. 1824 (Sirey, t. 25, p. 329), de Bord., 7 déc. 1829, de Lyon, 21 déc. 1831, et de la cour de cass., 13 nov. 1833 et 7 fév. 1832.

La caution peut appeler du jugement rendu contre le débiteur principal, avec lequel elle est censée ne faire qu'une seule et même personne, mais seulement en ce qui concerne des moyens qui leur seraient communs et point personnels à elle-même, et pourvu que la déchéance ne soit pas acquise déjà contre le débiteur principal. (Grenoble, 18 janv. 1832.)

Le tuteur peut appeler du jugement rendu contre une personne interdite depuis, et dont il a pris la tutelle; le mineur devenu majeur, du jugement rendu avec son tuteur. Quant au subrogé tuteur, *voir* la *Quest.* 1592.

Le mari peut interjeter appel du jugement rendu avec sa femme avant le mariage à l'égard des biens dont il a l'administration, mais il ne pourra appeler du jugement rendu contre elle personnellement depuis le mariage, sous prétexte qu'elle n'avait pas son autorisation; ce n'est pas à lui, non partie au jugement à relever cet appel, il doit autoriser sa femme et la faire agir. (Paris, 5 avril 1827; *Gaz. des Trib.* du 6.)

Les syndics ou les agents de la faillite peuvent interjeter appel au nom des créanciers. (Paris, 23 avril 1812; Sirey, t. 14, p. 31; Dalloz, t. 2, p. 67.)

Le ministère public peut interjeter appel du jugement qui fait grief à un absent (Toulouse, 24 mars 1836), et, suivant Locré, *Esp. du Code de Comm.*, t. 9, p. 186, dans tous les cas, lorsqu'il s'agit d'un appel pour incompétence *ratione materiæ,* mais cette décision nous paraît contestable.

Le failli étant dessaisi de l'administration de ses biens ne peut en interjeter appel; mais, dans le silence des créanciers, le ministère public ne peut, de son chef, faire déclarer un tel appel non recevable. (Bord. 31 janv. 1832.) Cependant le droit d'appeler est rendu au failli par le concordat qu'il conclut avec ses créanciers. (Rennes, 4 oct. 1811; Dalloz, t. 14, p. 293.)

Tous ces détails sont résumés par Talandier, n°s 4 à 34.]

[1581 ter. *Qui peut et doit être intimé?*

En règle générale on doit intimer, sur l'appel, toutes les personnes qui, ayant été parties au jugement attaqué, ont un intérêt à son maintien, sous peine de voir le jugement acquérir force de chose jugée en faveur de celles qu'on n'aura pas appelées (sauf en matière indivisible, voir *Quest.* 1565), ou même de voir demeurer sans effet l'appel relevé contre quelques-unes des parties seulement, si la cause ne peut être jugée qu'avec la présence de toutes les parties. (Rennes, 20 août 1812.)

Mais on ne doit point, on ne peut pas même intimer, sur l'appel, les personnes qui, ayant figuré en première instance, n'ont pas néanmoins d'intérêt aux contestations que l'appel fait renaître, encore moins celles qui n'ont pas été du tout parties au jugement.

Ce principe évident a été appliqué par les cours de Rennes, 3 fév. 1815 et 13 août 1813; Paris, 6 mars 1815 (Sirey, t. 16, p. 329). S'ensuit-il que le failli ne puisse pas être intimé sur l'appel du jugement dans lequel ont figuré les syndics de ses créanciers? Oui, d'après la

cour de Paris, 18 juin 1812. Mais la cour de Brux. a jugé, le 29 juin 1836 (J. de B., t. 2 de 1836, p. 462), que la femme commune en biens pouvait être intimée sur l'appel d'un jugement intéressant la communauté où son mari seul avait comparu, parce qu'elle est censée y avoir été représentée par lui. Or, les syndics sont autant les représentants du failli que ceux des créanciers, d'où il nous semble résulter une décision contraire à celle de la cour de Paris que nous venons de citer; au reste, la cour de cassation a jugé, le 19 avril 1826 (Sirey, t. 27, p. 198), que le failli peut suivre l'appel dont les syndics se sont désistés au nom des créanciers, ce qui semble justifier notre opinion.

Au moins ne pourra-t-on contester que le failli lui-même doive être intimé lorsque, par un jugement d'homologation, il a été remis à la tête de ses affaires. (Colmar, 21 mars 1836.)

Inutile de faire observer que, si deux défendeurs ont figuré en première instance, à raison de deux chefs distincts de demande, la partie qui relève appel sur un chef seulement n'a besoin d'intimer que celui de ses adversaires que ce chef intéresse; la présence de l'autre, bien loin d'être utile, serait frustratoire. (Rennes, 24 juill. 1810; Sirey, t. 14, p. 134.)

Mais, lorsque plusieurs parties ont dû être intimées et qu'on a négligé d'appeler quelqu'une d'elles, on n'est pas admis à réparer cette omission en demandant à la cour d'ordonner sa mise en cause. Si on ne se trouve plus dans les délais pour appeler régulièrement, on doit subir toutes les conséquences de la faute qu'on a commise. (Bord., 22 mars 1831.)

Si néanmoins la partie non intimée se présente volontairement, constitue avoué et se joint aux conclusions des autres intimés, elle ne peut plus, sous prétexte qu'il n'a pas été appelé contre elle, se faire rejeter des qualités. (Metz, 22 nov. 1827.)

Dans le cas où la partie qui a obtenu et fait signifier le jugement, a postérieurement cédé ses droits à un tiers, ce n'est pas nécessairement ce tiers cessionnaire, même après la signification du transport, qui doit être intimé sur l'appel. (Douai, 5 mars 1827, et Trèves, 3 juin 1807; Sirey, t. 7, p. 304; Dalloz, t. 28, p. 196.) L'appelant ne peut être forcé de discuter ses droits avec un autre que son créancier primitif dont la présence peut être indispensable à l'effet de répondre à des faits personnels, à des interrogatoires et autres actes étrangers au cessionnaire. Il sera donc libre d'intimer celui-là même avec qui le jugement a été rendu.]

FIN DU TOME TROISIÈME.